This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

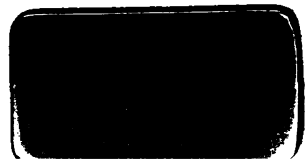
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 930 456



System

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Joseph Unger
o. ö. Professor der Rechte an der Wiener Universität.

Sechster Band.

Das österreichische Erbrecht.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1871.

Das

öſterreichiſche Erbrecht

ſyſtematiſch dargeſtellt

von

Dr. Joſeph Unger

o. ö. Profeſſor der Rechte an der Wiener Univerſität.

Zweite durchgeſehene Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1871.

For tr
U

MAY 25 1922

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

Erster Abschnitt. Die gemeine Erbfolge.

Erstes Capitel. Die Gesammtnachfolge 6
I. Das Wesen und die Voraussetzungen der Erbfolge . . . . . —
1. Der Nachlaß. §. 1 . . . . . —
2. Erbfolge und Erbrecht. §. 2 8
3. Voraussetzungen der Erbfolge 17
a. Tod einer vermögensfähigen Person. §. 3 . . . . . —
b. Berechtigung einer bestimmten Person zur Erbfolge . . . —
α. Berufung zur Erbfolge. §. 4 . . . . . —
β. Leben und Erbfähigkeit des Berufenen. §. 5 20
c. Antritt der Erbfolge. §. 6 26
4. Die ruhende Erbschaft. §. 7 28
II. Die Berufung zur Erbfolge 41
A. Die gewillkürte Erbfolge . . . . . —
1. Begriff des Testaments. §. 8 . . . . . —
2. Fähigkeit zur Testamentserrichtung. §. 9 43
3. Form des Testaments 45
a. Privattestamente . . . . . —
α. Ordentliche Form. §. 10 . . . . . —
β. Außerordentliche Form. §. 11 53
b. Öffentliche Testamente. §. 12 . . . . . —
4. Inhalt des Testaments 55
a. Die letztwillige Erklärung überhaupt. §. 13 . . . . . —
b. Die Erbeinsetzung insbesondere 59
α. Die Erbeinsetzung überhaupt. §. 14 . . . . . —
β. Einsetzung eines oder mehrerer Erben. §. 15 63
γ. Beschränkungen der Erbeinsetzung 66
aa. Bedingung. §. 16 . . . . . —
bb. Befristung. §. 17 81
cc. Auflage. §. 18 83

Seite

δ. Substitutionen 87
aa. Gemeine Substitution. §. 19 . . . . . —
bb. Fideicommissarische Substitution. §. 20 92
5. Gemeinschaftliche Testamente. §. 21 97
6. Ungültigkeit und Unwirksamkeit des Testaments 99
a. Ursprüngliche Ungültigkeit. §. 22 . . . . . —
b. Nachfolgende Ungültigkeit 104
α. Kraft Rechtsvorschrift. §. 23 . . . . . —
β. Kraft des Willens des Erblassers. §. 24 105
c. Unwirksamkeit des Testaments. §. 25 111
7. Erbverträge. §. 26 113
8. Eröffnung und Vollziehung des Testaments. §. 27 121
9. Zeitpunkt der Berufung zur gewillkürten Erbfolge. §. 28 . . . 124
B. Die gesetzliche Erbfolge 125
1. Eintritt und Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge. §. 29 . . . . —
2. Berufung zur gesetzlichen Erbfolge. Erbverzicht. §. 30 126
3. Die Erbfolge der Verwandten 130
a. Berechtigung zur Verwandtenerbfolge. §. 31 . . . . . —
b. Ordnung der Verwandtenerbfolge 133
α. Die Linealordnung. §. 32 . . . . . —
β. Die Erbfolge in der absteigenden Linie. §. 33 . . . 135
γ. Die Erbfolge in der aufsteigenden Linie. §. 34 . . . 139
4. Die Erbfolge der Ehegatten. §. 35 141
III. Erwerb der Erbschaft 146
1. Erwerb des Erbfolgerechts . . . . . —
a. Antretung der Erbschaft. §. 36 . . . . . —
b. Ablehnung der Erbschaft. §. 37 152
2. Umfang des Erwerbs. Anwachsungsrecht. §. 38 155
3. Erwerb des Erbschaftsbesitzes. Verlassenschaftsabhandlung. §. 39 158
IV. Das Recht aus der Erbfolge 164
A. Die rechtliche Stellung des Erben . . . . . —
1. Die regelmäßige Stellung. §. 40 . . . . . —
2. Modifikationen derselben 174
a. Durch Gütertrennung. §. 41 . . . . . —
b. Durch Inventarserrichtung. §. 42 177
B. Das Rechtsverhältniß von Miterben 185
1. Theilung der Erbfolge. §. 43 . . . . . —
2. Auseinandersetzung der Erbschaft 188
a. Im Allgemeinen. §. 44 . . . . . —
b. Bei Vorhandensein eines Bauerngutes. §. 44 a 196
3. Anrechnung des Vorausempfangenen 200
a. Bedeutung und Voraussetzungen der Anrechnung. §. 45 . —
b. Gegenstand der Anrechnung. §. 46 205
c. Art der Anrechnung. §. 47 208
C. Das Rechtsverhältniß des Vorerben und Nacherben. §. 48 . . . 213

Seite
D. Veräußerung der Erbschaft. §. 49 219
V. Der Schutz des Erbrechts. Die Erbrechtsklage 227
1. Grund und Arten der Erbrechtsklage. §. 50 . . . . . —
2. Beweis bei der Erbrechtsklage. §. 51 234
3. Herausgabe der Erbschaft. §. 52 238
4. Einfluß auf die Einzelklagen und auf andere Personen. §. 53 . 245

Zweites Capitel. Die Einzelnachfolge 250
A. Die Vermächtnißfolge . . . . . —
I. Das Vermächtniß im Allgemeinen . . . . . —
1. Begriff des Vermächtnisses. §. 54 . . . . . —
2. Personen des Vermächtnisses. §. 55 251
3. Form des Vermächtnisses. §. 56 257
4. Inhalt des Vermächtnisses 259
a. Erklärung des Vermächtnißwillens u. Auslegung derselben §. 57 . . . . . —
b. Beschränkungen der Vermächtnißordnung. §. 58 263
c. Anordnung von Substitutionen. §. 59 266
5. Gegenstand des Vermächtnisses. §. 60 . . . . . —
6. Ungültigkeit des Vermächtnisses. §. 61 267
7. Erwerb des Vermächtnisses 272
a. Anfall und Erwerb des Vermächtnisses. §. 62 . . . . . —
b. Folgen des Nichterwerbs. §. 63 274
8. Das Recht aus dem Vermächtniß 277
a. Der Vermächtnißanspruch. §. 64 . . . . . —
b. Sicherung des Vermächtnißanspruchs. §. 65 282
c. Verkürzung des Vermächtnißanspruchs. §. 66 284
II. Einzelne Arten von Vermächtnissen insbesondere 289
1. Vermächtniß von Sachen . . . . . —
a. Vermächtniß einer bestimmten Sache. §. 67 . . . . . —
b. Vermächtniß einer Gattungssache. §. 68 300
c. Vermächtniß eines Inbegriffs von Sachen. §. 69 301
d. Vermächtniß einer Summe oder Quantität. §. 70 . . . 303
2. Vermächtniß von Rechten 304
a. Vermächtniß dinglicher Rechte. §. 71 . . . . . —
b. Vermächtniß von Forderungen. §. 72 307
3. Vermächtniß eines Vermögensganzen. §. 73 312
4. Vermächtniß wiederkehrender Leistungen. §. 74 313
5. Vermächtniß eines Heiratsgutes. §. 75 315
6. Wahlvermächtniß. §. 76 318
B. Die Folge aus Schenkungen auf den Todesfall. §. 77 322

Drittes Capitel. Die Erbfolge gegen eine letzte Willensordnung 333
Einleitung. §. 78 . . . . . —
I. Das Pflichttheilsrecht der Kinder und Eltern 336
1. Subjekte und Voraussetzungen des Pflichttheilsrechts. §. 79 . . —

Seite
2. Größe und Ausmeſſung des Pflichttheils. §. 80 340
3. Berechnung des Pflichttheils und Einrechnung in denſelben. §. 81 341
4. Hinterlaſſung des Pflichttheiles. §. 82 347
5. Ausſchließung der Pflichttheilsberechtigten 349
a. Enterbung zur Strafe. §. 83 . . . . . —
b. Enterbung in guter Abſicht. §. 84 356
6. Verwirklichung des Pflichttheilsanſpruchs. §. 85 358
7. Verletzung des Pflichttheils durch übermäßige Schenkung. §. 86 362
II. Das Erbrecht der aus Irrthum übergangenen Kinder. §. 87 . . . 368

Zweiter Abſchnitt. Die beſondere Erbfolge.

I. Die Erbfolge in den Nachlaß von Geiſtlichen. §. 88 378
II. Die Erbfolge in gewiſſe Güter. §. 89 380

Dritter Abſchnitt. Der erbloſe Nachlaß.

Der erbloſe Nachlaß. §. 90 383

Einleitung.

Es ist ein sowohl in der allgemeinen Rechtsüberzeugung als in der geistigen Natur des Rechtes tief begründeter Satz, daß der Tod wie über die Welt des Geistes überhaupt so über den Organismus des Rechts keine Macht hat. In diesem Gedanken wurzelt das Erbrecht [1]. Mag auch das Individuum hinwegsterben, die ihm nicht persönlich anhaftenden Rechtsverhältnisse bestehen fort; mag auch der bisherige Träger des Vermögens dahinschwinden, das Vermögen überdauert seinen Herrn. Andere Personen treten in die leer gewordene Stelle und füllen die durch den Tod entstandene Lücke wieder aus. So sind die rechtlichen Mächte das Dauernde und Wesentliche, die Personen dagegen das Wechselnde und Zufällige [2]. Mit dieser Nachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen beschäftigt sich das vorliegende Buch.

Die Nachfolge von Todeswegen (Erbfolge im weiteren Sinne) ist eine doppelte: eine Gesammtnachfolge (Universalsuccession), die Erbfolge im eigentlichen Sinn, und eine Einzelnachfolge (Singularsuccession): die Vermächtnißfolge und die Folge aus Schenkungen auf den Todesfall. Die Nachfolge findet entweder nach dem Willen oder ohne den Willen des Verstorbenen statt: gewillkürte, gesetzliche Nachfolge; doch gibt es auch eine Nachfolge wider den Willen des Verstorbenen: Notherbfolge. Die Erbfolge ist in der Regel für alle Personen und alle Vermögensgegenstände dieselbe: regelmäßige, gemeine Erbfolge; in Ansehung gewisser Personen und gewisser Gegenstände besteht jedoch eine eigenthümliche Nachfolge: besondere Erbfolge. Zuletzt handelt es sich um die rechtlichen Schicksale eines Vermögens, welches keinen Nachfolger findet: erbloser Nachlaß.

In dieser allgemeinen Übersicht liegt der Gang der folgenden Darstellung vorgezeichnet.

Anm. [1] Die tiefere Begründung und weitere Durchführung dieses Satzes gehört der Rechtsphilosophie an. Nicht so ganz mit Unrecht hat Walter, Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart (1863) Nr. 194 bemerkt, daß „die Rechtsphilosophen diese wichtige Lehre insgemein ganz einseitig und ohne allen politischen Geist behandelt haben." Ob aber seine eigenen Ausführungen (Nr. 189) dem Mangel philosophischer Begründung des Erbrechts abzuhelfen vermögen, ist mehr als zweifelhaft: Walter kommt über pragmatische Erwägungen und äußerliche Raisonnements nicht hinweg und die ganze Argumentation läuft darauf hinaus, daß es im Grunde besser sei, wenn es ein Erbrecht gebe als wenn es keines gebe. Auch Geyer, Geschichte und System der Rechtsphilos. (1863) S. 178 fg. steht auf diesem kahlen Reflexionsstandpunkte, der nur noch mit dem Herbart'schen: „der Streit mißfällt" übertüncht wird. Die ältere naturrechtliche Schule, welche in Recht und Staat nur eine bedauerliche Beschränkung der individuellen Freiheit sah und in ihrer atomistischen Richtung alles Recht auf den subjektiven Willen und das voraussetzungslose Ich des Einzelnen zurückführte, mußte natürlich das Vermögen mit dem Tode in das Nichts zurückfallen lassen: wo hätte sie, abgewendet von allen objektiven Mächten und fremd der Auffassung des Rechts als einer freiheitbegründenden auf sich beruhenden Ordnung, die Macht finden sollen, die im Stande wäre, das hinterlassene Vermögen des dahingegangenen Ich vor dem bedenklichen Fall in's Freie zu bewahren? So ließ sie denn alle Rechte und Verbindlichkeiten mit dem Tode des Individuums erlöschen, gab die herren- und rechtlos gewordenen Sachen dem allgemeinen beutelustigen Zugriff preis, und überwies dem vielgeschmähten, nur widerwillig zugestandenen Staate die Aufgabe, Rettung zu schaffen und Ordnung zu stiften. Vgl. Pufendorf, de jure natur. et gent. lib. IV. c. 10. 11. Kant, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre §. 34 (doch sieht Kant Testamente als im Naturrecht gegründet an). Fichte, Grundlage des Naturrechts (1796) II S. 92 fg. Gros, Lehrb. der phil. Rechtswiss. §. 171. 172. Zeiller, natürl. Privatr. §. 140 . . . 142. Doch meint Zeiller §. 142 Note *** mit jener dem älteren Naturrecht geläufigen Wendung, daß „das öffentliche Recht außer Zweifel setze, daß im Staate zur Hintanhaltung der schrecklichen tumultuarischen Auftritte, welche sich mit dem Zueignungsrecht in frei stehenden Verlassenschaften ergeben würden, dann zur Aufmunterung im Erwerbe und zur Belebung der Industrie die ausdrücklichen oder aus wahrscheinlichen Gründen zu vermuthenden Verfügungen auf den Todesfall zu einer rechtmäßigen Erwerbungsart erhoben werden können und sollen." Auch Kant §. 34 a. E. restringirt seine Bemerkung über die Zulässigkeit der Testamente nach natürlichem Recht dahin, daß sie so zu verstehen sei, „daß Testamente fähig und würdig seien, im bürgerlichen Zustande, wenn dieser dereinst eintritt, eingeführt und sanktionirt zu werden." So mußte das positive Recht über die selbstgeschaffenen Übelstände des illusorischen Naturrechts hinaushelfen! Ganz auf dem veralteten naturrechtlichen Boden steht auffallender Weise Schilling, Lehrb. d. Naturr. 1859. I §. 69. 75 fg. und wie es scheint auch Gabba, essai sur la véritable origine de la succession, welche Schrift ich nur aus der zu ihrer Lektüre wenig einladenden Anzeige von Prantl in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 5 S. 316. 317 kenne. Mit

der prinzipiell veränderten Auffassung des Rechts in neuerer Zeit ist auch die Auffassung des Erbrechts eine andere geworden: objektiver, tiefer, sittlicher. Treffend bemerkt Stahl, Rechtsphilos. II 1 §. 90 a. E.: „Für das ganze Menschengeschlecht liegt in der Familien- und der ihr nachgebildeten testamentarischen Succession die Ordnung und Kontinuirlichkeit, mit der es bei der Aufeinanderfolge der Generationen das Vermögen inne hat, daher das Vermögen ununterbrochen als Substrat des Bewußtseins und Willens beherrscht und die rücksichtlich desselben gezogenen Rechtskreise der Personen und durch sie den Zusammenhang der Generationen bewahrt." Savigny, System I S. 380 fg. gründet das Erbrecht auf die unvergängliche Natur des Staates, in welcher alles Recht überhaupt erst Realität und Vollendung erhalte. Ebenso Scheurl, Beitr. I S. 16. 17: „Gerade dies ist einer der Grundgedanken des Erbrechts: es soll dadurch den Rechtsverhältnissen eine von der Kürze des menschlichen Einzellebens unabhängige Dauer und Festigkeit gegeben werden; der wenigstens relativen Unvergänglichkeit der Familie, der Staatsgesellschaft, des Menschengeschlechts, welche vermittelt wird durch die Aufeinanderfolge der Generationen, soll entsprechen eine gleiche Unvergänglichkeit der Vermögensverhältnisse, vermittelt dadurch, daß immer neue Subjekte derselben einander ablösen." Vgl. auch die geistvollen Erörterungen von Brinz, Art. Erbrecht in Bluntschli's u. Brater's deutschem Staatswörterbuch, Bd. 3 S. 493 fg.

[2] „In der Aufstellung des Erbrechts liegt die Vollendung des Rechtsorganismus, welcher dadurch über die Lebensgrenze der Individuen hinaus erstreckt wird." Savigny, System I S. 385. Das Erbrecht ist ein Triumph der Gattung, nicht des Individuums, über den Tod, eine Forterhaltung des Vermögens, nicht der Person. Darum ist es eine bedeutungslose Phrase, wenn man von einer im Erbrecht realisirten Unsterblichkeit des Menschen spricht: die Erbfolge enthält vielmehr die Bekräftigung und Durchführung der allgemeinen Wahrheit, daß kein Mensch unersetzlich ist. Auch der oft angeführte Satz des unsterblichen Leibniz: Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis, enthält (ganz abgesehen natürlich von dem von Leibniz allen Ernstes angenommenen fortdauernden Eigenthumsrecht der Todten: quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam) eine Übertreibung: das Eigenthümliche besteht nur darin, daß „der ehemalige Wille eines jetzt Willenlosen" (Ihering, Geist des R. R. I S. 139), der in der That sein „letzter" Wille ist, berücksichtigt wird. Mehr als dies sagt auch Quinctilian nicht in der juristisch interessanten Declam. CCCVIII: Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem, indem er mit dieser rhetorischen Phrase nur den Satz colorisiren will: Et in more civitatis est in legibus positum est, ut quoties fieri potuerit, defunctorum testamento stetur und daher auch in seinem Parteiinteresse das Intestaterbrecht der Seitenverwandten nach Kräften herabsetzt: Proximum locum a testamentis habent propinqui: et ita, si intestatus quis ac sine liberis decesserit. Non quoniam utique justum sit, ad hos pervenire bona defunctorum, sed quoniam relicta et velut in medio posita nulli propius videntur contingere. (Über diesen Einwurf kommen auch die modernen in mancher Beziehung gewiß nicht ungerechtfertigten Angriffe auf das Intestaterbrecht der Col-

lateralen nicht viel hinaus; vgl. z. B. Juteau, abolition de la succession collatérale, 1863, der jedoch zugleich zu Gunsten des Erbrechts des überlebenden Ehegatten plaidirt, der freilich nach französischem Recht gar übel daran ist.) Nicht anders verhält es sich mit der Betrachtung von Cicero, Tusc. quaest. I c. 14: Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare? Um so weniger ist es daher zu billigen, ja kaum als ernstlich genommen zu begreifen, wenn Lassalle in dem Anm. 4 erwähnten, mit großem Scharfsinn und noch größerer Selbstüberschätzung geschriebenen Werke in der römischen Erbfolge eine „Willensunsterblichkeit des Erblassers", eine Art von Willenswanderung (propagatio voluntatis) findet, indem im römischen Erbrecht nur die Person (der Wille) übertragen werde und die Vermögensübertragung das secundäre sei, ja prinzipiell der Testamentserbe als Willensſuccessor das Erbvermögen gar nicht erlangen soll! Ich kann bei aller Anerkennung mancher Einzelnheiten im Ganzen doch nur das abfällige Urtheil bestätigen, welches sowohl von competenter philosophischer Seite (Anm. 4) als auch von juristischer Seite (Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 20 S. 417 Note 39. Jahrb. f. Dogm. Bd. 6 S. 204 Note 31) über diese neueste „absolute Lösung" („die Auflösung des römischen Rechts in die Sprache des Begriffs", „die Entdeckung des römischen Erbrechts und seines geistigen Inhalts, ja des Erbrechts überhaupt", „die begriffene Identität statt des sinnlosen Zirkels" u. a. m.) ausgesprochen wurde.

[3] Über die unpassende systematische Stellung des Erbrechts im bürg. Gesetzb. vgl. System I S. 221 fg. Mit Recht bemerkt schon Dalwigk (Anm. 4) S. XIX Note *: „Das Erbrecht hat zwar Sachen zum Gegenstande, bewegliche und unbewegliche, körperliche und unkörperliche; allein eben weil das Pfandrecht, Dienstbarkeiten und manches zum persönlichen Sachen- oder Obl. Recht gehörige im Erbrecht mitbegriffen sein können, bildet es ein eigenes für sich bestehendes Recht, das uneigentlich dem Sachenrecht beigezählt wird."

[4] Literatur. Hartitzsch, das Erbrecht nach röm. und heutigen Rechten. 1827. Hunger, das röm. Erbrecht. 1834. Mayer, die Lehre von dem Erbrecht nach heut. röm. Recht. Thl. I. 1840. Glück, Erläuter. der Pandekt., fortgesetzt von Mühlenbruch und Fein. Bd. 34...45. Beckhaus, Grundzüge des gem. Erbr. 1. Abth. 1860. (Dazu österr. Vierteljahrsschr. Bd. 8. Liter. Bl. S. 70. 71.) Bering, röm. Erbrecht in histor. und dogmat. Entwicklg. 1861. 959 S. (Dazu österr. Vierteljahrsschr. Bd. 8. Lit. Bl. S. 59 fg.) Köppen, System des heut. röm. Erbrechts. 1862. 1. Lieferg. Schirmer, Handb. des röm. Erbrechts. 1863. 1. Thl. Tewes, System des Erbrechts nach heut. R. R. zum academischen Gebrauch. 1863. 1. Abthlg. — Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels. 1828. Pauli, Abhandl. aus dem lübischen Recht. Bd. 3. 1841. Siegel, das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des M. A. 1853. — Dalwigk, Versuch einer philos.-jurist. Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des R. R., neuerer Gesetzgebungen und mehrerer Landesstatute mit Gesetzesvorschlägen (die aber nicht viel über die Bestimmungen des als „Leitfaden" gebrauchten bürg. Gesetzb. hinauskommen). Gans, das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung oder das röm. Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. 4 Bde. 1824...1836. Lasalle, das

Weſen des röm. u. german. Erbrechts in hiſtor.-philoſ. Entwicklg. 1861. Vgl. dazu die Anzeige von Prantl in der krit. Viertelj. Bd. 5 S. 458 fg. Vgl. auch öſterr. Viertelj. Bd. 10. Liter. Bl. S. 18 fg. — Auf dem Gebiet des öſterr. Rechts exiſtirt eine einzige Monographie über das Erbrecht: Füger von Rechtborn, das Erbrecht nach dem öſterr. allg. bürg. Geſetzb. ſyſtematiſch dargeſtellt. 3 Thle. 1860. Dieſem formloſen currente calamo geſchriebenen Werke läßt ſich jedoch weder wiſſenſchaftlicher Werth zuerkennen, noch praktiſche Brauchbarkeit nachrühmen.

[5] Die in der vorigen Anmerk. angeführten Schriften werden nur nach dem Namen ihrer Verfaſſer citirt. Die Lehr- und Handbücher des gem. Rechts (zu denen jetzt noch kommen: Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1860. Keller, Pandekten. 1861. Windſcheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1862) und die Commentare zum bürg. Geſetzb. werden in derſelben Weiſe citirt, wie in den beiden erſten Bänden des Syſtems. Auch hier wird übrigens die italieniſche Literatur des bürg. Geſetzb. nicht berückſichtigt, jedoch, um zufälligen oder abſichtlichen Mißverſtändniſſen vorzubeugen ſei es geſagt, nicht aus Unterſchätzung ihres Werths, ſondern in voller Anerkennung ihrer ſelbſtändigen Bedeutung, welche eine eigene Durchforſchung und Verarbeitung erfordert. Die „Sammlung von civilgerichtlichen Entſcheidungen des oberſten Gerichtshofs", herausgegeben von Glaſer und Unger, Bd. 1. 1859 (Bd. 2 unter der Preſſe), wird als Sammlung citirt werden. Unter den ohne Zuſatz citirten §§ ſind immer die Paragraphe des bürgerl. Geſetzb. zu verſtehen.

Erſter Abſchnitt.

Die gemeine Erbfolge.

Erſtes Capitel.

Die Geſammtnachfolge.

I. Das Weſen und die Vorausſetzungen der Erbfolge.

1. Der Nachlaß.

§. 1.

Das Vermögen, welches jemand bei ſeinem Tode hinter ſich zurückläßt, macht die Verlaſſenſchaft (Hinterlaſſenſchaft) oder den Nachlaß deſſelben aus (§. 531). Der Nachlaß wird gebildet durch die Geſammtheit der vermögensrechtlichen Verhältniſſe, in denen der Verſtorbene ſtand[1] und welche mit ſeinem Tode nicht erlöſchen (§. 531. 1448)[2]. Nicht zu dem Nachlaß gehören ſomit alle öffentlichen[3] und familienrechtlichen Verhältniſſe[a], die auf faktiſchen Zuſtänden beruhenden Verhältniſſe[b], Anſprüche auf perſönliche Genugthuung[c] und ſolche Vermögensrechtsverhältniſſe, welche ihrer Natur oder ihrer Beſtimmung nach oder zufolge poſitiver Anordnung an die beſtimmte Perſon gebunden ſind und daher mit ihr untergehen[4].

Anm. [1] Cic. Top. c. 6. Hereditas est pecunia, quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure. L. 222 D. de V. S. Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora quam jura continentur. „Mit ſvelkeme gude de man beſtirft, dat het

[a] Cf. L. 46 D. fam. ercisc. 10. 2. L. 56 §. 2 D. de J. D. 23. 3. L. 16 §. 1 D. de tut. 26. 1. Syſtem II §. 74 Note 13. [b] L. 23. pr. L. 30 §. 5 de acq. poss. 41. 2. L. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. 4. Syſtem II §. 74 Note 11. — L. 42. 55 D. de R. V. 6. 1. [c] Syſtem II S. 534. 535.

allet erve." Sachsenſp. I 6 §. 1. Vgl. dazu Gengler, Lehrb. d. deutſch. Pr. R. §. 216 (S. 1282) Note 2. 3. Graf und Diethert, deutſche Rechtsſprüchwörter (1864) S. 183 fg.) Zum Nachlaß (bona defuncti) gehört in der Regel alles, was im Vermögen (in bonis) des Verſtorbenen ſich befand (cf. L. 1. 2. 3 pr. D. de B. P. 37. 1.), insbeſondere auch Succeſſionsrechte (§. 536. 537. 809. 684.), Autorrechte (vgl. Harum, die gegenwärtige öſterr. Preßgeſetzgebg. S. 123 fg. O. Wächter, das Verlagsrecht Bd. 1 S. 214 fg.) und gewiſſe Privilegien (Syſtem I §. 65 lit. B. III. 2. 3.), ja ſelbſt fremdes Gut: cf. L. 19 pr. D. de H. P. 5. 3. (in hereditatis petitionem venire) non tantum hereditaria corpora sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve . . . Unrichtig war daher die Zuſatzbeſtimmung des weſtgal. Geſetzb. II §. 321: „Fremdes Gut . . . wird nicht zu dem Nachlaß gerechnet." Dagegen auch Zeiller II S. 382, deſſen Darſtellung ſelbſt jedoch nicht correkt iſt. Vgl. auch A. L. R. I 9 §. 353. 355 fg. Über den Umfang der Erbſchaft vgl. Mühlenbruch in der Fortſetz. Bd. 43 S. 1 fg. Schirmer §. 2 und beſonders Köppen, Syſtem I S. 171 fg. Über die Vererbung von Begräbnißſtätten und Kirchſtühlen (Syſtem I §. 46 Note 24. 28.) vgl. Glück Comment. Bd. 11 §. 768. Köppen, Syſtem S. 196 fg. und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 129 Note 7 a.

[2] L. 32 pr. D. ad Leg. Falc. 35. 2. . . . Sed ne in actoris quidem bonis, defuncto eo, injuriarum actio poterit computari, quia et ipsa simul cum eo intercidit ut ususfructus et id quod in dies menses annosve singulos alicui, quoad vivat, debeatur. Cf. L. 28 D. de injur. 47. 10.

[3] Wenn in §. 3 des Grundgeſetzes v. 26. Febr. 1861 von „erblichen Mitgliedern des Herrenhauſes" die Rede iſt, ſo treten die nachrückenden Häupter der betreffenden Adelsgeſchlechter doch unabhängig von der Erbfolge in das Vermögen kraft eigenen Rechts (in Folge ihrer Stellung in der berufenen Familie) in das Herrenhaus. Es läßt ſich hier daſſelbe ſagen, wie in L. 16 §. 1 D. de tut. 26. 1: Et sciendum est, nullam tutelam hereditario jure ad alium transire. Sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae . . . . . .

[4] Syſtem Bd. I §. 64 lit. A. §. 65 lit. A. III. lit. B. III. 1. Bd. II §. 74 Note 14. Nach §. 918 geht „ein noch nicht angenommenes Verſprechen, wenn auch nur Ein Theil während der Überlegungsfriſt ſtirbt, auf die Erben nicht über." Dieſe aus dem röm. Recht entlehnte Vorſchrift hat weder juriſtiſche Nothwendigkeit noch legislative Zweckmäßigkeit (vgl. insbeſ. Ihering in ſ. Jahrb. Bd. 4 S. 91) noch auf dem Boden des öſterr. Rechts (§. 862 a. E.) innere Conſequenz für ſich: ſie iſt mit Recht in Art. 297 des neuen Handelsgeſetzb. in ihr Gegentheil verkehrt worden. Unbefriedigend und unvollſtändig iſt Art. 14 Th. II des bair. Entw. eines Obl. R. (Motive S. 59. 60); dagegen mit Recht auch Lang, der Entw. eines bürg. Geſetzb. f. Baiern Hft. 2 S. 15. 16, dem hierin auch Arndts in der krit. Vierteljahrsſchr. Bd. 5 S. 166 beiſtimmt.

2. Erbfolge und Erbrecht[1].

§. 2.

Die Nachfolge, welche in den Nachlaß als Geſammtheit[a] ſtattfindet, iſt die Erbfolge im eigentlichen Sinn[2]. Der Nachlaß, worin er auch immer beſtehen mag[3], heißt mit Rückſicht auf die Erbfolge Erbſchaft (Erbvermögen, das Erbe)[4], der Verſtorbene Erblaſſer, der Geſammtnachfolger Erbe (§. 532. 533).

Weſen und Charakter der Erbfolge beſteht darin, daß ſie eine Geſammtnachfolge (Univerſalſucceſſion) iſt[b]. Der Erbe rückt dem Abgeſchiedenen nach, tritt an deſſen Stelle in den Mittelpunkt des hinterlaſſenen Vermögens und nimmt in dieſer Vermögensſphäre dieſelbe rechtliche Stellung ein, welche der Erblaſſer bisher inne hatte[5]. Der Gegenſtand der Erbfolge iſt ſomit das Vermögen, nicht die Perſon des Erblaſſers, und zwar das Vermögen als Ganzes, ſo daß der Eintritt in ſämmtliche einzelne vermögensrechtliche Verhältniſſe des Erblaſſers zugleich und durch einen einzigen Akt erfolgt. Der Erbe iſt als Geſammtnachfolger Herr des Erbvermögens[6] und ſetzt die vermögensrechtliche Herrſchaft des Erblaſſers als des bisherigen Vermögensſubjekts fort[7]: in allen Vermögensbeziehungen, in denen früher der Erblaſſer ſtand, ſteht nunmehr in gleicher Weiſe und mit gleicher Wirkung der Erbe. Zufolge dieſer Identität ſeiner rechtlichen Stellung mit der des Abgetretenen erſcheint der Erbe gewiſſermaßen als Repräſentant des Erblaſſers in deſſen Vermögensverhältniſſen (§. 547. 1462)[8] und gelten beide als Träger derſelben vermögensrechtlichen Beziehungen gleichſam für eine und dieſelbe Perſon (§. 547)[9].

Das Recht der Geſammtnachfolge in das Erbvermögen iſt das Erbrecht im ſubjektiven Sinn[10] (Erbfolgerecht): als das Recht Erbe zu ſein[11] iſt es das ſtatusähnliche abſolute Recht der Nachfolgſchaft (Recht zu der Erbfolge, Recht auf die Erbſchaft[12]). Aber auch die Geſammtheit der rechtlichen Beziehungen, in welchen der Erbe als ſolcher ſteht, den Inbegriff der rechtlichen Folgen des Erbeſeins, pflegt man Erbrecht[13] (Recht aus der Erbfolge[14]) zu nennen.

Das Recht der Erbfolge kann nicht nur einem Einzigen allein (Alleinerbrecht[15]) ſondern auch Mehreren gemeinſchaftlich, zu gleichen

[a] Syſtem I §. 57 Nr. III. [b] Syſtem II §. 74 Nr. II.

oder ungleichen[c] ideellen[d] Antheilen, als Miterben zustehen (Theilerbrecht §. 550), da die Stelle des Erblassers als bisherigen alleinigen Subjekts des ganzen Vermögens immerhin von Mehreren gemeinsam ausgefüllt werden kann[16], welche die Herrschaft über das Erbvermögen unter sich theilen[17].

Anm. [1] Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6 Nr. 8. Arndts Art. Erbschaft im R. L. Bd. 4 S. 1 fg. Scheurl in den Beitr. z. Bearb. des R. R. Bd. 1 Nr. 1. Windscheid in der krit. Überschau Bd. 1 Nr. 8. Köppen, die Erbschaft. 1856. Northoff in der Gieß. Ztschr. N. F. Bd. 20 Nr. 13.

[2] Erbfolge im weiteren Sinn bedeutet jede Nachfolge von Todeswegen (successio mortis causa): in diesem Sinn ist auch der Vermächtnißnehmer Erbnehmer und das Vermachte ein Erbtheil. Zeiller II S. 381. In diesem weiteren Sinne wird das Wort „Erbrecht" in den §§. 538. 540. 542. 543 und in der Marginalrubrik zu §. 757 fg. gebraucht. Der vieldeutige Ausdruck hereditas (Schirmer §. 1) bezeichnet auch Erbfolge. So in der Definition der L. 24 D. de V. S. (gleich L. 62 D. de R. J.): Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. Dieselbe Bedeutung hat hereditas in der L. 80 D. de leg. II: hereditas heredis res singulas facit; in der L. 8 D. de A. v. O. H. 29. 2 (cf. L. 17 D. de duob. reis 45. 2): hereditas nos obligat; ebenso in L. 3 §. 2 D. de itin. 43. 19: in cujus locum hereditate vel emtione aliove quo jure successi.

[3] L. 50 pr. D. de H. P. 5. 3. Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. L. 3 pr. §. 1 D. de B. P. 37. 1. Bona autem hic ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui suscipiturque ejus rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. (§. 1) Hereditatis autem bonorumve possessio non uti rerum possessio accipienda est: est enim juris magis quam corporis possessio: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait. L. 119 D. de V. S. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est (sie ist ein Rechtsbegriff), sicuti bonorum possessio. L. 178 §. 1 eod.

[4] Hereditas im sog. objektiven Sinn bedeutet das nachgelassene Vermögen als Gesammtheit (universitas). L. 208 D. de V. S. Bonorum appellatio sicut hereditas universitatem quandam ac jus successionis et non singulares res demonstrat. L. 20 §. 10 D. de H. P. 5. 3. Über Etymologie und Bedeutung der Ausdrücke „Erbe", „Erblasser", „Erbschaft" vgl. Grimm, Rechtsalterth. S. 466. 467. 479 und Wörterb. Bd. 3 S. 708 fg. Über die technische Bedeutung des Erbes im deutschen Recht: Siegel §. 25...31. Vgl. auch Brinz, Pandekt. §. 152.

[c] L. 9 §. 12 D. de her. instit. 28. 5. §. 4 sq. I. eod. 2. 14. [d] cf. L. 14 D. si quis omissa 29. 4. L. 61 D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

[5] L. 24 D. de V. S. (Anm. 2). L. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2. Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominia succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant. L. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Cum heres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit . . . . (vgl. §. 1462. 1464). L. 3 pr. D. cit. (Anm. 3) . . . universitatis successio. L. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. 21. 3. L. 9 §. 12 D. de her. inst. 28. 5. Heredes sunt juris successores. L. 59 D. de R. J. Heredes ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. L. 177 pr. D. de R. J. L. 1 §. 1 D. de fund. dot. 23. 5. Das omne jus (universum jus), in welches der Erbe nachfolgt, iſt die geſammte vermögensrechtliche Stellung des Erblaſſers im Mittelpunkt aller ſeiner Vermögensbeziehungen, nicht etwa die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers, wie Reuner die heredis institutio ex re certa (1853) §. 1 annimmt.

[6] L. 48 pr. D. de her. inst. 28. 5. His verbis: Titius hereditatis meae dominus esto, recte institutio fit. L. 6 D. ventr. in poss. mitt. 37. 9 . . . venter in possessionem mittitur . . . ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est (qui dominus bonorum aliquo casu futurus est L. 1 §. 2 eod.), denegasse alimenta videamur. L. 22 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 11 D. de lib. et post. 28. 2 (Anm. 7). §. 7 I. de her. qual. 2. 19 . . . . pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant. Festus s. v. heres.

[7] L. 11 D. de liber. 28. 2. In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimarentur . . . . itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt . . . . Der Erbe folgt dem Erblaſſer in das Vermögen nach: er tritt in deſſen Nachlaß, nicht in deſſen Perſon ein, wie Puchta, Pand. und Vorl. §. 446. 447 und ihm folgend Scheurl S. 3. 34 fg., Gerber, Syſtem §. 248, Siegel, deutſch. Erbr. S. 76 Note 307 u. A. behaupten. Daher ſetzt der Erblaſſer den Erben auf und in ſein Vermögen ein (L. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2 in hereditate institutus; L. 48 pr. D. cit. hereditatis dominus esto; Nov. 48 c. 1 §. 1 substantiae illius heredes fiunt; L. 27 D. de cond. et dem. 35. 1 substantia defuncti; L. 79 D. ad. leg. Falc. 35. 2 ea substantia, quam pater eum moreretur habuerit), nicht aber beruft er ihn auf ſeine Perſon oder „auf ſeine vermögensrechtliche Perſönlichkeit als ein Ganzes", wie Reuner die instit. her. S. 7 meint. (In L. 41 §. 8 D. de vulg. subst. 28. 6 bedeutet hereditas omnium bonorum im Gegenſatz zum heres rei certae die Erbfolge in das ganze Vermögen, im Gegenſatz zur Nachfolge in einen einzelnen Beſtandtheil deſſelben. Unrichtig m. E. Reuner S. 5 Note 10.) Aber auch der Ausdruck, daß der Erbe „die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers in ſich aufnehme und fortlebe (Arndts Pand. §. 464. 521, jedoch in ſpäteren Aufl. mit dem abſchwächenden Zuſatz „ſo zu ſagen", und im R. L. S. 2, Reuner, die hered. instit. §. 1, Bering, Erbr. S. 79 fg., Böcking, Abriß der Inſtit. S. 223 Note 4. S. 225 Note 8. S. 249, Dworzak in der öſterr. Vierteljſ. Bd. 8 S. 8 fg., und ſo auch noch im Syſtem I S. 218. 534 fg.) iſt unklar und unpaſſend. Denn was

soll man sich unter der „fortdauernden vermögensrechtlichen Persönlichkeit" denken? Doch gewiß nicht die Rechts- und Vermögensfähigkeit des Erblassers als eine treibende Potenz und rechtsbewirkende Kraft, die „actuelle" Persönlichkeit des Erblassers, wie sie Ihering nennt. Wenn ein in gewisser Beziehung rechtsunfähiger Erbe (z. B. ein Jude in Ländern wo Juden vom Erwerb liegender Güter ausgeschlossen sind) einen in dieser Beziehung rechtsfähigen Erblasser (z. B. einen Christen) beerbt, so erweitert sich ohne alle Frage der Kreis der Rechtsfähigkeit des Erben nicht und er erlangt trotz der angeblich in ihm fortlebenden Persönlichkeit des Erblassers die rechtliche Möglichkeit nicht, liegende Güter zu erwerben; ebensowenig als etwa der Peregrinus, der den civis romanus miles beerbte (L. 13 §. 2 D. de test. mil. 29. 1) das Commercium desselben erlangte. Vgl. auch Köppen, System I §. 2 Note 23. So wäre denn unter der fortdauernden Persönlichkeit des Erblassers nur der Niederschlag derselben zu verstehen, der concrete Rechtskreis, den der Erblasser durch seine Persönlichkeit gebildet und mit ihr bisher ausgefüllt hat, die (von Ihering) sog. substantiirte Persönlichkeit. Das ist aber nichts anderes als sein Vermögen und da ist es doch viel einfacher zu sagen: der Erbe nimmt das Erbvermögen auf, als in mysteriöser und transcendentaler Weise zu formuliren: der Erbe nimmt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers juristisch in sich auf und lebt sie dar. Auf dieses Beisammenbleiben des Vermögens nach dem Tode des Erblassers reduciren sich denn auch alle hochfliegenden Sätze von der juristischen Unsterblichkeit des Erblassers. Was fortdauert, ist das Vermögen, nicht die Person des Erblassers: jene Unsterblichkeit ist eine rein sachliche, nicht eine persönliche, ein Fortbestehen des Begründeten, nicht ein Fortleben des Begründers. Mit der Annahme einer Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers gewinnt man somit weder ein eigenes inhaltsvolles Prinzip noch einen neuen fruchtbringenden Gedanken, mit dessen Handhabung man im Stande wäre, erbrechtliche Verhältnisse zu construiren oder successionsrechtliche Schwierigkeiten zu überwinden: man hat nur einen anderen mehr künstlichen und Mißverständnissen leicht ausgesetzten Ausdruck für den Fortbestand des Vermögens des Erblassers nach seinem Tode. Und kauft etwa der bonorum emtor, der doch auch Universalsuccessor ist (pr. I. de succ. subl. 3. 13) und bei der actio Serviana ficto se herede agit (Gaj. IV 35, vgl. Dernburg, über die emtio bonorum 1850 S. 135 fg.), die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" des Schuldners, der insofern einem Todten gleichgehalten wird (L. 65 §. 12 D. pro soc. 17. 2. §. 7 I. eod. 3. 25)? „Der schlichte Gedanke, daß der Erbe an die Stelle des Erblassers treten solle, bringt den Übergang wie des Eigenthums so der Obligationen (und alles andere) von selbst mit sich; es ist kein Bedürfniß da, den Schatten des Verstorbenen hereinzubeschwören." Brinz, Pand. S. 672. Vgl. auch Windscheid S. 194 fg. und Köppen S. 96 fg. 105 fg. Auch Keller, Pand. §. 456 und §. 534 scheint der richtigen Ansicht zu sein, wenn er sich dahin ausdrückt, daß durch den Erben „die ökonomische Persönlichkeit des Verstorbenen ersetzt und gleichsam fortgesetzt werde"; in der That ist der Erbe nichts anderes als der Ersatzmann (Substitut) des Erblassers in vermögensrechtlicher Beziehung.

[8] Auch diese Annahme einer Repräsentation (Vergegenwärtigung) des Erblassers durch den Erben ist nur eine figürliche Bezeichnungsweise; der Ausdruck: „der Erbe stellt den Erblasser vor" (§. 547) enthält selbst nur eine bequemere bildliche Vorstellungsweise. Es wird damit blos gesagt, daß der Erbe sich in derselben recht-

lichen Stellung befinde, in der ſich früher der Erblaſſer befand, daß er dieſem rechtlich gleichſtehe und gleich behandelt werde, ſo daß man ſich etwa denken mag, man habe es immer noch mit dem dahingeſchiedenen Erblaſſer zu thun. In den Quellen wird der Ausdruck repraesentare m. W. nirgends gebraucht, um das Weſen der Erbfolge zu bezeichnen. Doch findet ſich der Ausdruck repraesentare in dem Sinn von „gleichſtehen“ einmal in Anſehung der culpa dolo proxima, von der geſagt wird, daß ſie einen Dolus repräſentire. L. 1 §. 2 D. si is qui test. 47. 4... culpa dolo proxima dolum repraesentat. Damit iſt doch gewiß nicht geſagt, daß dieſer Grad der Culpa einen wirklichen Dolus vorſtelle, daß in der That Dolus vorhanden ſei, der nur in jenem culpoſen Benehmen verborgen ſtecke, ſondern daß eine ſolche Culpa, obgleich nur Culpa, wie Dolus behandelt werde, dieſem in gewiſſen rechtlichen Beziehungen gleichſtehe. Syſtem II S. 241. 242. Daher drücken ſich andere Stellen ſo aus: lata culpa dolo comparatur, dissoluta negligentia prope dolum est, magna culpa dolus est. Syſtem II § 102 Note 18. Daß es ſich nur um eine Verſchiedenheit des Ausdrucks handelt, ſieht man auch bei Vergleichung von §. 1462 mit L. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3: dort heißt es „die Erben ſtellen die Erblaſſer vor und haben (daher) nicht mehr Titel als dieſelben“; hier wird geſagt, cum heres in jus omne defuncti succedit... usucapere non poterit; und wieder ganz einfach erklärt §. 1464, daß weder „der Erblaſſer ſelbſt noch ſeine Erben“ erſitzen können. Da man es hier ſonach nur mit einer eigenthümlichen Bezeichnungsweiſe für die Gleichheit der rechtlichen Stellung des Erblaſſers und des Erben zu thun hat, ſo kann auch aus der Repräſentation des Erblaſſers nicht etwa auf eine Fortdauer der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit deſſelben „mit Nothwendigkeit“ gefolgert werden, wie dies Arndts Pand. §. 521 Anm. 3. thut. Dagegen auch Windſcheid S. 194 fg. Auch bei der Singularſucceſſion und zwar insbeſondere bei der Singularnachfolge des Legatars kann man ſagen, daß der Nachmann (Legatar) den Vormann (Erblaſſer), nur in beſchränkterem Umfang repräſentire (cf. L. 6 D. de exc. 44. 1), ohne daß es jemand einfiele, deshalb von einer wenn auch nur theilweiſen Fortexiſtenz des Auctors (Erblaſſers) in dem Succeſſor (Legatar) zu ſprechen.

[9] Dieſe figürliche Ausdrucksweiſe findet ſich in den Quellen m. W. ein einzigesmal und da mit deutlichem Hinweis auf das „gewiſſermaßen“: Nov. 48 praef. .... cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem. Dieſe figürliche Betrachtungsweiſe dient dann dazu, um die Verpflichtung der Erben (nicht auch der Erbſchaftsgläubiger), das vom Erblaſſer errichtete Inventar zu reſpektiren, zu motiviren, welche Verpflichtung ſich einfach daraus erklärt, daß der Erbe die Erbſchaft nehmen muß, wie und unter welchen Bedingungen ſie ihm geboten wird: der Erbe kann gegen die Erklärung des Erblaſſers nicht aufkommen, gerade ſo wie wenn er ſie ſelbſt abgegeben hätte und muß daher contentus esse iis quae a testatore dicta sunt (c. 1 §. 1 eod.). Und auf dieſe beiläufige Statuirung einer Art von Perſonenidentität, welche ebenſo bei der Singularſucceſſion ſtattfindet (L. 3. 7 §. 4 D. de exc. r. j. 44. 2), baſirt Northoff in der Anm. 1 angeführten Abhandlung, deren Lektüre mehr Schwierigkeit als Nutzen, mehr Befremden als Befriedigung ſchafft, das Weſen des Erbrechts: „hinter der Succeſſion liegt die ideelle Perſoneneinheit

als letzter Grundstein oder als Abstraktion der Abstraktion und somit als letztes Prinzip, über welches hinaus es nicht geht" (S. 396) „als das Fundamentalprinzip, auf welchem das röm. Erbrecht ruht und ohne welches demselben der Zusammenhang fehlen und ohne welches dasselbe aufhören würde, ein System des abstrakten Denkens zu sein" (S. 403. 404), und definirt das Erbrecht als „das Eintreten in die Willensfreiheit eines Verstorbenen" (S. 392. 401 fg. 417 fg.)! Heißt es doch auch von re et verbis verbundenen Collegataren: conjuncti unius personae potestate funguntur L. 34 pr. D. de leg. I.: wie hier Ein Theil, so dort Ein Recht. — Der beschränkende Zusatz des §. 547, daß Erblasser und Erbe „in Beziehung auf einen Dritten" für Eine Person gehalten werden, ist unpassend und wird insbesondere auch durch Berufung auf die in §. 802 eingeräumte Rechtswohlthat des Inventars (Zeiller II S. 405) nicht hinlänglich gerechtfertigt. Im westgal. Gesetzb. II §. 326 diente jener Zusatz als Grundlage für die gleich darauf folgende Bestimmung: „Daher kann ein Erbe sein besonderes Recht gegen denjenigen nicht verfolgen, dem er im Namen des Erblassers (hereditario nomine) die Gewähr zu leisten schuldig ist" (L. 73 D. de evict. 21. 2. L. 14 C. de rei vind. 3. 32. L. 14 C. de evict. 8. 45).

[10] Erbrecht im objektiven Sinn ist die Gesammtheit der die Nachfolge von Todeswegen regelnden Normen. Vgl. auch Schirmer §. 1.

[11] Über die Auffassung des Erbrechts als des Rechts Erbe zu sein (hereditas im sog. subjektiven Sinn) vgl. insbes. Arndts Beitr. zu verschiedenen Lehren des Civilr. u. Civilproz. Hft 1 (1837) S. 15 fg. Der Ausdruck, den die Quellen dafür brauchen, ist jus successionis (L. 1§. 1 D. de div. reb. 1. 8. L. 208 D. de V. S. Anm. 4), wohl auch ipsum jus hereditatis (§. 2 I. de reb. corp. 2. 2; daß hier hereditas soviel wie successio in der gleichlautenden L. 1 §. 1 D. cit. bedeutet, ist nicht zu bezweifeln; Anm. 2). Mit jus successionis ist jus succedendi vollkommen gleichbedeutend, daher denn auch Theophilus dieses ipsum jus hereditatis paraphrasirt als *τὸ δικαῖον τὸ παρέχον μοι παῤῥησίαν, ὥστε ἀψόφως τὴν ἑτήρου λαμβάνειν περιουσίαν* (jus praebens mihi facultatem, ut alterius patrimonium universaliter acquiram). Mit Unrecht verkennen dies manche neuere Schriftsteller, wie Arndts S. 16. 17 (der daher auch jene Übersetzung der Stelle von Theophilus durch Reitz ohne Grund tadelt, vgl. dagegen Köppen S. 96 Note 18), Schirmer S. 8 u. A., indem sie unter jus succedendi das Recht durch seine Willenserklärung Erbe zu werden, das Recht die Erbschaft anzutreten (jus adeundi hereditatem) verstehen. Allein das Recht der Nachfolge (jus successionis) ist eben das Recht nachzufolgen (jus succedendi), wie das Recht des Nießbrauchs das Recht zu gebrauchen und zu genießen (jus utendi fruendi L. 1 §. 1 D. cit. §. 2 I. cit.) und das Recht der Forderung (jus obligationis) das Recht zu fordern ist: es verhält sich mit dem jus succedendi ebenso wie mit dem sog. jus possidendi: auch dies bedeutet nicht das Recht Besitzer zu werden (Besitz zu ergreifen), sondern das Recht Besitzer zu sein (im Besitz sich zu befinden). — Köppen, Erbsch. S. 91 fg. und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 127 fg. 183 fg. (und ebenso Brinz, Pand. S. 655. 658) will unter jus successionis (Erbrecht) das Recht des Delaten, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, verstehen: wie ich glaube mit Unrecht. Zunächst würde schon die Definition der L. 208 D. de V. S.,

wonach die hereditas als jus successionis ganz allgemein bezeichnet wird, nur auf die eine Hälfte der Erbfälle nach röm. Recht paſſen, da der suus heres ipso jure Erbe wird: ſollte man etwa von dieſen Erben nicht auch ſagen können, daß ſie ein jus successionis haben? Wenn ferner in L. 1 §. 1 D. cit. (§. 2 I. cit.) geſagt wird, obwohl in hereditate res corporales continentur, ſo ſei ipsum jus successionis dennoch res incorporalis, ſo kann dies doch nur bedeuten, daß, obgleich ſich in der Erbſchaft körperliche Sachen befinden, dennoch das Erbrecht als das Recht auf die Erbſchaft unkörperlicher Natur ſei: obwohl körperliche Sachen zu den Objekten der Erbſchaft gehören, ſo iſt doch das Recht der Erbfolge ſelbſt (das Recht Erbe zu ſein) unkörperlich: auf das Recht des Delaten bezogen, hätte dieſes Beiſpiel in jener Stelle keinen rechten Sinn und keinen Zuſammenhang mit den übrigen Beiſpielen (dem jus utendi fruendi und dem jus obligationis), da das Recht die Erbſchaft anzutreten blos in einer (folgenreichen) Willenserklärung beſteht. Und wenn die hereditatis petitio auf Anerkennung des Erbrechts geht, wie ſollte man unter Erbrecht etwas anderes verſtehen können, als das Recht des Erbeſeins (das Recht zur Nachfolge, das Recht auf die Erbſchaft)? Köppen in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 133 fg. 184 lehrt freilich, die hereditatis petitio gehe auf Anerkennung des Erbrechts als des Rechts des Delaten Erbe zu werden, aber „erſt nach dem Antritt, das iſt zu einer Zeit, wo daſſelbe als ſolches durch ſeine Ausübung bereits untergegangen iſt.“ Alſo eine Klage zum Schutz eines nicht mehr exiſtirenden, bereits untergegangenen Rechts, eine Klage zum Schutz des Rechtsbewirkenden ſtatt zum Schutz des bewirkten Rechts! Und hat denn nicht auch der suus heres die hereditatis petitio! Es verhält ſich mit dem Erbrecht in dieſem Sinne nicht anders als mit den ſog. Statusrechten: wie es ſich hier um das Gatteſein, Vaterſein, Kindſein handelt (Syſtem I § 60), ſo dort um die dauernde Qualität des Erbeſeins.

[12] Über das Ungenügende der geſetzlichen Definition des Erbrechts als des „ausſchließenden Rechts die ganze Verlaſſenſchaft oder einen (aliquoten) Theil derſelben in Beſitz zu nehmen (§ 532; weſtgal. Geſetzb. II § 322), vgl. Syſtem I S. 534 fg. Wenn das Erbrecht als das Recht Erbe zu ſein in §. 532 als ein dingliches Recht bezeichnet wird, ſo beruht dies auf der Syſtem I S. 517 fg. 539 gerügten Verwechslung von Dinglichkeit und Abſolutheit, wie insbeſondere aus § 322 weſtgal. Geſetzb. hervorgeht, wo das Erbrecht geradezu deshalb als ein dingliches Recht bezeichnet wird, „weil es (in §. 532 des bürg. Geſetzb. heißt es: welches) gegen einen jeden, der ſich der Erbſchaft anmaßen will, geltend gemacht werden kann.“ In dem Sinn als Recht zur Nachfolge (auf die Erbſchaft) wird der Ausdruck Erbſchaft gebraucht in § 533 fg. 538 fg. 550. 551. 823. Über eine andere Bedeutung des Ausdrucks Erbrecht vgl. unten § 6.

[13] In dieſem Sinn wird in L. 3 §. 2 D. de B. P. 37. 1 die bonorum possessio definirt als das jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque cum moritur fuit, und das Erbrecht als jus successionis bezeichnet, wie man ja auch das Recht aus dem Beſitz jus possessionis zu nennen und von einem Gattenrecht oder Kindesrecht als dem Inbegriff der einem Gatten oder einem Kinde zuſtehenden Rechte zu ſprechen pflegt. So in L. 13 §. 4 D. de acq. poss. 41. 2, wo es heißt: plenius est jus successionis quam emtionis, d. h. das Recht, welches dem Erben aus der Erbfolge zuſteht, iſt ausgiebiger als das

Recht des Käufers aus dem Kauf; ein anderer Ausdruck dafür ist das jus heredis (L. 20 §. 4 D. de A. v. O. H. 29. 2) und jus hereditarium. Das Erbrecht in diesem Sinne ist also nicht ein einfaches Recht, etwa ein Recht an der Person des Erblassers oder ein besonderes dingliches Recht an dem Erbvermögen als einem Ganzen (Anm. 14), sondern ein Gesammtrecht: die Summe aller dem Erben als solchem zustehenden Rechte und aufliegender Verpflichtungen, der Inbegriff der einzelnen Consequenzen des Erbseins, in welchen die Stellung des Erben im Mittelpunkt des Erbvermögens zu reeller Wirksamkeit und praktischer Bedeutung gelangt. Die Erbfolge ist daher eine Erwerbsart von Rechten und Pflichten und das Erbrecht das Fundament (der Titel) der einzelnen erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten, indem der Erbe als Erbe (hereditario nomine) Eigenthümer, Gläubiger und Schuldner ist, wo dies der Erblasser war. L. 13 pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem praetor heredis loco constituit. L. 91 D. ad leg. Falc. 35. 2. In quartam hereditatis .... imputantur res, quas (heres) jure hereditario capit... L. 6 pr. D. relig. 11. 7. L. 37 D. de contr. emt. 18. 1. L. 73 D. de evict. 21. 2. L. 14 C. de eod. 8. 45. L. 49 D. mand. 17. 1. L. 7 pr. D. de tut. distr. 27. 3. Köppen, die Erbsch. S. 97 Note 5 S. 105 fg.

[14] Man möchte geneigt sein, das Erbrecht als Recht aus der Erbfolge „Recht an der Erbschaft" zu nennen im Unterschied vom Erbrecht als „Recht auf die Erbschaft", indem man das Wörtlein „an" in der Bedeutung von „in Ansehung" nehmen würde, etwa wie man von Rechten des Mannes „am" Heirathsgut oder des Vaters „an" seinem Kinde spricht. Allein diese Bezeichnungsweise könnte leicht zu dem Mißverständniß und auf den Abweg führen, das Recht an der Erbschaft für ein neben den einzelnen Rechten des Erben für sich bestehendes Recht desselben zu halten, etwa für ein dingliches Recht an dem Erbvermögen als Ganzem, wie dies gleich Bangerow I §. 113 a. E. noch Windscheid, Pand. I §. 137 Note 6 thut, der sich für seine Ansicht auf Köppen und Dernburg, auf Ersteren gewiß, auf Letzteren vielleicht, mit Unrecht beruft. Ein dingliches Gesammtrecht am Vermögen als universitas gibt es nicht und kann es nicht geben wegen Mangels an Gegenstand und Inhalt des Rechts: denn das Vermögen hat man nicht neben oder außer, sondern in seinen Bestandtheilen und die Herrschaft über das Vermögen macht sich nur in der Herrschaft über die einzelnen Theile desselben geltend. Das Erbvermögen ist als Ganzes nur Gegenstand der Nachfolge und des Rechts zur Nachfolge; aus der Nachfolge kann der Erbe an Stelle des Erblassers und als Ersatzmann desselben nicht mehr Rechte haben als dieser: gewiß aber hat ein Lebender nicht neben seinen einzelnen Vermögensrechten noch ein besonderes Recht an seinem Vermögen als Ganzem. Auch die hereditatis petitio nöthigt trotz ihrer Formel: si paret hereditatem meam esse (Gaj. IV. 17) zu jener innerlich unmöglichen Annahme nicht, da die Gesammtklage zwar ein Gesammtrecht, nicht aber ein dingliches Recht an der Gesammtheit als solcher voraussetzt, und da der Erbe sich mit der hereditatis petitio nur zu der Erbschaft als Gesammtheit zieht, um auch praktisch im Mittelpunkt des

Erbvermögens zu ſtehen (L. 3 §. 2 D. cit. 37. 1) und dann an den Beſtandtheilen deſſelben ſeine Einzelrechte auszuüben. Kann doch auch ein Lebender in die Lage kommen, als zurückgekehrter Verſchollener mit einer abſoluten Univerſalklage ſein zurückgelaſſenes Vermögen als Ganzes in Anſpruch zu nehmen. Syſtem I §. 27 Note 36. §. 639 II. weſtgal. Geſetzb. §. 278 a. b. G. B. Gegen die Annahme eines eigenen Rechts an der Erbſchaft als Ganzem: Syſtem I S. 536 fg. Köppen, Erbſch. S. 98. 99. Brinz §. 151. 156.

[15] Einen ſolchen Erben pflegt man einen Univerſalerben zu nennen, eine Bezeichnung, die doch wohl nicht „eigentlich unpaſſend" iſt, wie Arndts, Pand. §. 464 Anm. 8 und im R. L. S. 6 Note 37 nach dem Vorgang von Hugo, Rechtsgeſch. §. 143 Note 2 behauptet, da der Ausdruck „Univerſum" ſich nicht nicht nur auf die Geſammtheit im Gegenſatz des Einzelnen (singulus) beziehen läßt (z. B. universitas aedium im Gegenſatz der singulae res ex quibus aedes constant L. 7 §. 11 D. de acq. rer. dom. 41. 1. L. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. L. 30 pr. D. de acq. poss. 41. 2), alſo auf die Nachfolge in die Geſammtheit des Vermögens (successio in universum jus, Univerſalnachfolge), ſondern auch auf das Ganze (All) im Gegenſatz der Theile (z. B. universitas fundi im Gegenſatz der partes L. 2 §. 6 D. pro emt. 41. 4), alſo auf die Nachfolge in den ganzen Nachlaß (totus as L. 75 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 77 D. h. t. 28. 5. §. 6 I. h. t. 2. 14), ſo daß der heres ex asse im Gegenſatz der Theilerben immerhin paſſend Univerſalerbe genannt werden mag.

[16] Die Möglichkeit einer Theilung der Erbfolge erklärt ſich eben daraus, daß „die rechtliche Stellung, die der Erblaſſer als alleiniges Subjekt zu ſeinen Vermögensbeziehungen einnahm, unter mehrere Perſonen getheilt wird" (Reuner, die heredis institutio S. 7 Note 15, vgl. auch Keller, Pand. §. 537). Allein ſie vertrüge ſich gewiß nicht mit der Annahme des Eintritts der Perſon des Erblaſſers in die Perſon des Erben oder der Aufnahme der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Verſtorbenen durch und in den Erben: denn die Perſönlichkeit, ſo ſollte man doch meinen, iſt etwas Untheilbares. Vgl. Ihering, Abhandl. S. 243.

[17] Der Theilerbe ſuccedirt in das Vermögen als Ganzes (universum jus), nicht aber in das ganze Vermögen (totum jus cf. L. 13 D. si quis omissa 29. 4), ſondern nur in einen Theil deſſelben (pro parte). Getheilt iſt ſomit die Nachfolge (inter suos heredes testator successionem dividit L. 10 C. fam. erc. 3. 36), das Objekt der Nachfolge d. i. der Nachlaß (parentibus arbitrium dividendae hereditatis est cf. L. 8 pr. C. de inoff. test. 3. 28) oder das universum jus (L. 9 §. 12 D. de her. inst. 28. 5. Heredes juris successores sunt et si plures instituantur, dividi inter eos a testatore jus oportet: quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt), endlich das Erbrecht ſelbſt, als das Recht ſowohl zu der Erbfolge als aus der Erbfolge. Die Behauptung, daß das Erbrecht untheilbar ſei (Syſtem I §. 67 Note 22, Böcking, Pand. §. 75 Note 16), iſt unhaltbar. L. 141 §. 1 D. de R. J. Uni duo pro solido heredes esse non possunt. Arndts, Pand. §. 53 Anm. 6.

[18] Der altdeutſche Ausdruck für Miterben war Ganerben, welcher Ausdruck jedoch ſpäter eine beſondere (engere) Bedeutung erlangt hat. Grimm, R. A. S. 481. 482. Gerber, Syſtem §. 77 Note 12.

3. Voraussetzungen der Erbfolge.

a) Tod einer vermögensfähigen Person.

§. 3.

Die Erbfolge setzt den erwiesenen Tod (§. 531)[a] oder die gerichtliche Todeserklärung (§. 278)[1] des Erblassers voraus[b]. Nur eine Person, welche fähig war eigenes Vermögen zu haben[c], kann Vermögen hinterlassen und beerbt werden[2]; dagegen ist es für die Erbfolge nicht erforderlich, daß der Verstorbene actives Vermögen[d] hinterlassen habe[3].

Anm. [1] Als Sterbetag des Verschollenen gilt der Tag, an welchem die Todeserklärung in Rechtskraft erwächst (§. 278): über die innere Unhaltbarkeit und die praktische Unzukömmlichkeit dieser Bestimmung vgl. System I S. 240 fg. Seither hat Bruns in den Jahrbb. f. gem. Recht Bd. 1 S. 174 fg. 198 fg. auch den dogmengeschichtlichen Beweis dafür erbracht, daß die Todeserklärung, wie es ihrer Natur gemäß ist, nur declaratorische Wirkung habe; ihm sind Köppen, System des Erbr. S. 169. 170 Note 1, Windscheid, Pand. §. 53, Note 1 und nunmehr mit Aufgebung seiner früheren Ansicht auch Bangerow, Lehrb. der Pand. (neueste Aufl. 1863) I §. 33 Anm. 1 beigetreten. — Die Behauptung Hüttner's, gesetzl. Erbf. S. 70, daß der in contumaciam zum Tode Verurtheilte in rechtlicher Hinsicht für todt zu halten, und daher die Erbfolge in sein Vermögen zu eröffnen sei, ist offenbar verkehrt; dagegen auch Rippel IV S. 15 fg. Winiwarter III S. 2. 4. Ellinger zu §. 536. Stubenrauch II S. 243. 244. Füger, Erbr. I S. 1 Note *.

[2] Nach österr. Recht können jedoch, abweichend vom canon. Recht (c. 7 C. 19. quae. 3. c. 2 X. de test. 3. 26), auch Ordensleute nach ihrem Tode beerbt werden; arg. §. 573 a. b. G. B. §. 182 Ges. v. 9. Aug. 1854. Vgl. auch Winiwarter III S. 3. 4.

[3] L. 119 D. de V. S. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est sicuti bonorum possessio. L. 3 pr. D. de B. P. 37. 1. §. 1. I. de auct. tut. 1. 21. — Über das Benehmen der Abhandlungsbehörde bei wahrscheinlicher Insolvenz des Nachlasses: §. 39 Nr. 6. §. 43. 52. 73. 74. Ges. v. 9. Aug. 1854 und dazu Unger, die Verlassensch. Abhandl. S. 148.

b) Berechtigung einer bestimmten Person zur Erbfolge.

α) Berufung zur Erbfolge.

§. 4.

Zur Erbfolge kann nur eine dazu berufene Person gelangen. Die Berufung zur Nachfolge (§. 533) geschieht durch den in gehöriger

[a] L. 27 D. de A. vel O. H. 29. 2. L. 1 D. de her. vend. 18. 4. Westgal. Gesetzb. II §. 328. [b] §. 20 Ges. v. 9. Aug. 1854. System I S. 243. [c] L. 3 §. 1 D. de V. S. cf. Ulp. Fragm. XX. 10. [d] System I S. 381. Vgl. §. 51. 52. 72. Ges. v. 9. Aug. 1854.

Weiſe erklärten Willen des Erblaſſers (gewillkürte Erbfolge) oder durch die den Willen des Erblaſſers ſupplirende Vorſchrift des Geſetzes[1] (geſetzliche Erbfolge[a]). Der Wille des Erblaſſers kann in einem Teſtament (§. 533, teſtamentariſche Erbfolge) oder in einem gültigen[b] Erbvertrag (§. 602, ſog. vertragsmäßige Erbfolge) ausgeſprochen ſein. Dieſe Berufungsgründe (Erbrechtstitel[c]) ſchließen einander nicht aus, ſondern können gleichzeitig nebeneinander zur Anwendung kommen (§. 534)[2].

Anm. [1] Nach öſterr. Recht iſt wie nach preuß. Recht (Koch, preuß. Privatr. II §. 812) die geſetzliche Regelung der Erbfolge nur als ein großes Dispoſitivgeſetz, wie „ein für alle im Voraus gemachtes Teſtament", anzuſehen, welches die Aufgabe hat, in ſubſidiärer Weiſe Beſtimmungen über die Nachfolge nach der vermuthlichen Abſicht des Erblaſſers zu treffen. Gewillkürte und geſetzliche Erbfolge ruhen auf derſelben Grundlage: in beiden Fällen ſuccedirt der Erbe kraft des Willens des Erblaſſers, dort kraft des ausdrücklich erklärten, hier kraft des vermutheten vom Geſetze ſupplirten Willens deſſelben. In der Erbeinſetzung fremder Perſonen liegt daher nicht eine Entziehung des den Familiengliedern kraft Rechtens gebührenden Erbvermögens (quasi debitum L. 10 D. pro soc. 17. 2. L. 7 pr. D. de bon. damn. 48. 20), ſondern in der Nichtberufung Anderer eine ſtillſchweigende Einſetzung der vom Geſetz bezeichneten Nachfolger. Feuerbach, Leben u. Wirken I S. 156: „Jede Inteſtatſucceſſion iſt nichts weiter, als ein Teſtament, welches der Geſetzgeber ſelbſt für den Verſtorbenen macht. Der vermuthliche Wille des Verſtorbenen iſt daher das Prinzip des Geſetzgebers bei Anordnung der Inteſtaterbfolge und dieſer vermuthliche Wille wird beſtimmt durch den vermuthlichen Grad der Zuneigung . . . ." Dieſe aus dem älteren Naturrecht (Hugo Grotius, de jure belli ac pacis lib. II c. VII §. III. Kant, metaph. Anfangsgründe der Rechtsl. §. 34. Gros, Lehrb. der philoſ. Rechtsw. §. 171. Zeiller, natürl. Privatr. §. 140. Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Civilgeſetzgebg für teutſche Staaten 1815. §. 48) ſtammende Auffaſſung, welche für das ganze Erbrecht von entſcheidender Bedeutung iſt, läßt ſich nicht billigen. Vgl. auch Gans, Beitr. zur Reviſion der preuß. Geſetzg. I Nr. 10. Sie ſteht, durch die Verlegung des Schwerpunkts der Erbfolge in das Belieben des Erblaſſers ſtatt in den ſittlichen Kreis der Familie, in Widerſpruch mit den Grundſätzen des philoſophiſchen Rechts, wonach das Erbrecht in der Idee der Familie wurzelt und in deren Umkreis beſchloſſen iſt (Hegel, Rechtsphiloſ. §. 178 fg. Stahl, Rechts- und Staatslehre II 1 §. 90 fg. Trendelenburg, Naturrecht auf Grundlage der Ethik §. 141 fg. Haſner, Rechtsphil. §. 79. Syſtem der polit. Ökonomie I §. 171. 172. Ahrens, Rechtsphil. S. 600 fg. Juriſt. Encycl. S. 737 fg. Walter, Naturrecht und Politik Nr. 190. Puchta, Inſtit. I §. 24; ſo auch ſchon Dalwigk I S. 3. 4); ſie ſteht in Widerſpruch mit den Prinzipien des deutſchen Rechts, wonach das Erbrecht als auf der natürlichen Grundlage der Familie ruhend nur in einer durch den Tod eines Blutsfreundes bewirkten

[a] cf. L. 130 D. de V. S. L. 3 §. 2 D. pro soc. 17. 2. Gaj. II 199. [b] cf. L. 2 §. 1 D. test. quemadm. aper. 29. 3. [c] Syſtem II §. 72.

Modifikation des Familiengüterrechts besteht und die Berufung dritter Personen, soweit sie überhaupt zulässig ist, nur als Beschränkung und Belastung der gesetzlichen Erben erscheint (Grimm, R. A. S. 467 fg. Gerber, System §. 248. Hahn, die materielle Übereinstimmung der röm. u. german. Rechtsprinzipien S. 509 fg. 537 fg.); sie steht endlich in Widerspruch mit den richtig erkannten Grundlagen des römischen Erbrechts selbst (L. 11 D. de lib. et post. 28. 2. L. 7 pr. D. de bon. damn. 48. 20. L. 1 §. 12 D. de success. ed. 38. 9. §. 2 I. de her. qual. 2. 19. §. 3 I. de her. ab intest. 3. 1. Gaj. II 157), wonach nicht nur das Intestaterbrecht in der Familie wurzelt, sondern auch das testamentarische Erbrecht in seinem historischen Ursprung die Beziehung zur Familie deutlich an sich trägt. Vgl. Böcking, Pand. Bd. 1 §. 29 Note 8. Köppen, System des Erbr. S. 1 fg. 10 fg. 54 fg. 82. 89. 90. Vering, Erbr. S. 20 fg. 65 fg. 110 fg. 163 fg. 817 fg. Ihering, Geist des R. R. I S. 190 fg.: „Die Testamente treten nicht als Widersacher, sondern als Dienerinnen der Familie in der Geschichte des Rechts auf." Wie sehr das Erbrecht in der Familie wurzelt, lehrt auch der Sprachgebrauch, indem Erbe soviel als Leibeserbe oder Kind bedeutet (keinen Erben hinterlassen, ohne Erben sterben) und Blutserbe soviel als Blutsfreund ist. Vgl. die Belege in Grimm's Wörterb. Bd. 3. S. 712.

[2] Von der Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest (L. 7 D. de R. J. §. 5 I. de her. inst. 2. 14. Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6 Nr. 8. Mühlenbruch Bd. 40 S. 142 fg. Bangerow II §. 397. Vering, Erbr. S. 437 fg. Schirmer, Erbr. §. 5. Keller §. 460. Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 8 S. 8 fg.), welche sich einerseits aus der Einheit des Erbvermögens, andererseits aus der totalen Ausschließung der gesetzlichen Berufung zur Erbfolge durch die Berufung eines gewillkürten Erben erklärt — Ordnung der Erbfolge entweder durch das Gesetz oder durch den Willen des Erblassers, daher auch ursprüngliche Unzulässigkeit einer Vermächtnißanordnung ohne Testament (Gaj. II 270. 271. Ulp. XXIV. 20. XXV. 8) —, machte schon das röm. Recht eine eigenthümliche (auf der Annahme mehrerer Erbschaften beruhende) Ausnahme bei den Soldatentestamenten (L. 6. 37. D. de test. mil. 29. 1. Huschke S. 326 fg. Roßhirt, das testament. Erbr. I S. 477 fg. Mühlenbruch Bd. 42 S. 82 fg und insbesondere Reuner, die heredis institutio ex re certa S. 493 fg.), deren Berücksichtigung überhaupt (Mühlenbruch Bd. 42 S. 19 fg.) wegen ihrer freieren Behandlung und wegen des Bestrebens den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen (L. 1 i. f. C. de test. mil. 6. 21. §. 5 I de her. inst. 2. 14) für das österr. Testamentsrecht von großem Nutzen ist. — Die Möglichkeit des gleichzeitigen Eintretens der gesetzlichen und der gewillkürten Erbfolge, welche schon durch das Hfdkrt. v. 12. Juni 1789 statuirt wurde (cf. L. 6. 37 D. cit. L. 2 C. eod. 6. 21), erklärt sich für das österr. Recht aus dem Anm. 1 angeführten Prinzip, indem das Gesetz den Willen des Erblassers, soweit er nicht ausgesprochen ist, supplirt (§. 727. 728), so daß die gesetzlichen Erben als stillschweigend mitinstituirt gelten; vgl. auch Schirmer §. 5 Note 37.

[3] Eine Ersitzung des Erbrechts gibt es nicht. System II S. 269. 270. Über die altrömische usucapio pro herede: Huschke in der Zeitschr. f. geschichtl. R. W.

Bd. 14 Nr. 7. Arndts, Beiträge I Nr. 1 §. 7 (S. 75 fg.). Scheurl, Beiträge I Nr. 2. Leist, die bonor. possess. I S. 19 fg. Keller, Grundriß zu Vorlesungen über Instit. und Antiquitäten des R. R. (1854...1858) §. 274. Pandekt. §. 457.

β) Leben und Erbfähigkeit des Berufenen.

§. 5.

Natürliche und allgemeine Voraussetzung der Beerbung ist das Leben des Berufenen zur Zeit des Erbanfalls (§. 545): der Berufene muß um diese Zeit[1] einerseits schon existiren, wenigstens im Mutterleibe (§. 732. 22. 274. 681)[a], andererseits noch existiren (§. 536[2]. 537. 1252).

Der Berufene muß ferner fähig sein, in das Vermögen des Verstorbenen als Gesammtnachfolger einzutreten. Die Erbfähigkeit bildet die Regel (§. 538); insbesondere sind auch Corporationen und Stiftungen kraft allgemeiner Rechtsvorschrift erbfähig (§. 26)[3]. Die ausnahmsweise eintretende Erbunfähigkeit, von welcher die Erbunwürdigkeit nur dem Ausdruck, nicht dem Wesen und den Wirkungen nach verschieden ist[4], ist entweder eine allgemeine (absolute Erbunfähigkeit) oder findet nur gewissen Personen gegenüber statt (relative Erbunfähigkeit).

Absolut erbunfähig sind: 1) Fremde in Fällen der Retorsion[5]. 2) Deserteure[b] (§. 544)[6]. 3) Personen, welche das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt haben (§. 538)[7], daher in der Regel Ordensgeistliche (§. 539)[8].

Relativ erbunfähig ist[9]: 1) Wer durch eine in böser Absicht unternommene strafbare Handlung[10] den Erblasser unmittelbar oder mittelbar in der Person seiner Kinder, Eltern[11] oder seines Gatten an Körper, Ehre[12], Vermögen oder Freiheit[13] verletzt oder zu verletzen versucht hat[c]; dafern sich nicht aus den Umständen[14] oder aus einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers ergibt, daß dieser die erlittene Beleidigung verziehen habe (§. 540). 2) Wer durch Zwang[15] oder Betrug die Errichtung oder Änderung einer letztwilligen Erklärung bewirkt oder gehindert hat[d] (§. 542)[16], falls nicht der Erblasser diesen Eingriff in seine Verfügungsfreiheit verziehen

[a] L. 7. 26 D. de stat. hom. 1. 5. L. 7 D. de suis 38. 16. [b] Milit. Strafges. §. 208 lit. c. [c] cf. L. 3 D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 10 C. eod. 6. 35. Nov. 22 cap. 47 pr. [d] cf. L. 19 D. cit. 34. 9. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit 29. 6. C. eod. 6. 34.

hat[17]. 3) Wer eine letztwillige Erklärung des Erblassers unterdrückt[18] (§. 542)[e] oder unterschoben hat[19].

Für die Erbfähigkeit ist die Zeit des Erbanfalls maßgebend (§. 545. 546. 703)[20]: sie braucht auch bei der gewillkürten Erbfolge in keinem früheren Moment vorhanden zu sein[21], muß jedoch in allen Fällen bis zur Zeit des Erbschaftserwerbs[f] fortdauern[22].

Anm. [1] Dies gilt insbesondere bei der Intestaterbfolge, so daß es also nur auf das Existentsein zur Zeit der Delation derselben ankömmt. Die Bestimmung des röm. Rechts, wonach der zur Erbfolge ab intestato Berufene immer schon zur Zeit des Todes des Erblassers geboren oder doch erzeugt sein muß (L. 6. 7. D. de suis 38. 16. L. 1 §. 8 D. unde cogn. 38. 8. L. 6 pr. de injusto 28. 3. L. 10 D. de ventr. 37. 9. §. 8 I. de hered. ab intest. 3. 1. Büchel, civil. Erört. II S. 2 fg. Bangerow II §. 411), beruht auf rigoroser Auffassung des Verwandtschaftsverhältnisses (quia non fuit cognatus ei, quo vivo nondum animax fuit. L. 1 §. 8 cit. L. 8 pr. de suis 38. 16. §. 8 I. cit.), woran doch das röm. Recht selbst in Ansehung der Suitätsqualität nicht festhielt (Stellen bei Schirmer §. 10 Note 20), und führt zu unserem Rechtsgefühle widerstreitenden Ergebnissen. Mühlenbruch Bd. 39 S. 416. 417. Arndts im R. L. V S. 680. Vgl. auch Schirmer §. 10 Note 157. Bei der testamentarischen Erbfolge ergibt es sich von selbst (§. 545), daß der unmittelbar Eingesetzte schon zur Zeit des Todes des Erblassers geboren oder doch erzeugt sein, also diesen „überlebt" (§. 537) haben muß; L. 3 D. de b. p. s. t. 37. 11. Mühlenbruch S. 406 fg. 413 fg. Bangerow II §. 429 Anm. 3 lit. b. Arndts §. 471 Anm. 1 lit. 3. Schirmer §. 4 Note 2. Über die unmittelbare Erbeinsetzung eines Nacherzeugten, welche durch Verwandlung derselben in eine mittelbare aufrecht erhalten wird, vgl. unten §. 14. 20.

[2] Die Bezeichnung der zur Erbfolge berufenen Person bei Lebzeiten des Erblassers als „vermeintlichen" Erben (§. 536; westgal. Gesetzb. II §. 329), welche Stubenrauch II S. 245 „richtig" findet, ist sicher unpassend: vermeintlich und vermuthlich (wahrscheinlich) sind eben nicht synonyme Ausdrücke: vermeintlicher Erbe ist jener, der sich nach dem Tode des Erblassers für den wahren Erben hält, ohne es zu sein; vermuthlicher Erbe, wer alle Aussicht hat, nach des Erblassers Tode zur Erbfolge zu gelangen.

[3] System I S. 341. 351. — Die Vorschriften über Erbunfähigkeit der geistlichen Gemeinden (sog. Amortisationsgesetze), auf welche sich §. 539 bezieht, sind durch Art. 29 und 35 des Concordats aufgehoben. — Über die amtliche Mittheilung sog. frommer Erbschaften und Vermächtnisse an den Statthalter: §. 84 Ges. v. 9. Aug. 1854. Unger, die Verlassensch. Abhandl. S. 137.

[e] Vgl. §. 201 lit. a Strafges. cf. L. 25 C. de legat. 6. 37. L. 10 §. 2 D. test. quemadm. aper. 29. 3. L. 3 §. 6 D. de tab. exhib. 43. 5. L. 7 D. de leg. Corn. 48. 10. L. 53 D. de judic. 5. 1. [f] L. 1 §. 4 D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 49 §. 1 D. de her. inst. 28. 5. §. 4 I. de hered. qualit. 2. 19. L. 9 D. si tab. null. 38. 6. cf. L. 3 §. 6 D. de b. p. c. t. 37. 4.

[4] Die technische Erbunwürdigkeit (Indignität) unterscheidet sich von der Erbunfähigkeit dadurch, daß sie die Erbfähigkeit gerade voraussetzt, indem sie die Entreißung (Ereption) der angefallenen oder erworbenen Erbschaft zur Folge hat. Der Erbunfähige kann zur Erbfolge weder berufen noch zugelassen werden, wohl aber der Erbunwürdige, der die deferirte Erbschaft auch erwerben mag (L. 29 §. 1 D. de jure fisc. 49. 14. L. 2 pr. §. 1 D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 43 §. 3 D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6. L. 9 C. de his quae ut indign. 6. 35), dem sie jedoch hinterher wieder entzogen (auferirt) werden kann. Der Indignus ist erbfähig und erwerbfähig, er soll aber die Erbschaft zur Strafe nicht behalten (retinere eum non posse L. 2 §. 1 cit.): der Erbunfähige ist vom Erbrecht, der Incapax vom Erwerb der Erbschaft, der Indignus vom Behalten der Erbschaft ausgeschlossen. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die Fälle der §§. 540...543, trotz des in den §§. 540. 541. 770 gebrauchten Ausdrucks, in der That Fälle von (relativer) Erbunfähigkeit sind und daß das bürg. Gesetzb. nur, in allerdings unzweckmäßiger Weise, um des Wohlklangs willen mit den Ausdrücken wechselt (vgl. auch Register zum bürg. Gesetzb. s. v. Erbfähigkeit und Unwürdige und die Marginalrubrik zu §. 540 fg.): die Erbunwürdigkeit des österr. Rechts ist nur eine besondere Bezeichnung der aus gewissen vom Gesetz berücksichtigten moralischen Gründen eintretenden relativen Erbunfähigkeit. Die Bemühungen mancher österr. Schriftsteller, zwischen Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit einen begrifflichen und praktischen Unterschied aufzufinden, sind vergeblich; insbesondere überträgt Michel, die Erbunwürdigkeit nach österr. Gesetzen, in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 2 Nr. 2, mit Unrecht den gemeinrechtlichen Begriff der Indignität auf das österr. Recht und schließt dann wieder willkürlicher Weise den Fall des §. 543 davon aus. Die Behandlung der Erbunfähigen und Erbunwürdigen bei der Abhandlungspflege ist ohne Unterschied dieselbe: das Abhandlungsgericht kann einem Erbunfähigen resp. Erbunwürdigen, falls dieser Mangel offenbar ist, den Nachlaß nicht einantworten, da die Erbschaft nur dem wahren Erben ausgefolgt werden soll (§. 819). Nur einen einzigen Fall technischer Indignität gibt es nach österr. Recht: ihn enthält das bürg. Gesetzb. im §. 121 (Michel S. 56 fg.), seine Darstellung jedoch gehört in das Familienrecht. Eine andere Frage ist freilich, ob die Aufhebung der technischen Erbunwürdigkeit und die Verwandlung gewisser gemeinrechtlicher Indignitätsgründe (Arndts §. 520. 557, Brinz §. 206) in Erbunfähigkeitsgründe sich rechtfertigen lasse und ob es nicht zweckmäßiger gewesen wäre, in diesen Fällen, statt kategorisch durchzugreifen, die Ausschließung der Unwürdigen, wie nach gemeinem und preuß. Recht (Koch, preuß. Pr. R. II §. 871), nur auf Antrag und Verlangen der Betheiligten eintreten zu lassen. Vgl. Anm. 18.

[5] Westgal. Gesetzb. II §. 341. System I §. 40 Nr. II 3. Stubenrauch II S. 256 fg. Aus diesem Grunde sind türkische Unterthanen erbunfähig (Hfdkt. v. 23. Dez. 1775. 3. Jänner 1776. Anhang Nr. 49. 51), während moldauische Unterthanen und Montenegriner unter Voraussetzung der Reciprocität erbfähig sind; Anhang Nr. 50; Min. Erl. v. 5. Aug. 1849 (Michel II Nr. 960).

[6] Die Erbunfähigkeit der unbefugt Ausgewanderten (§. 544) ist durch die staatsgrundgesetzliche Gewährung der Auswanderungsfreiheit beseitigt. Ges. 21. Dez. 1867. Art. 4. Wehrges. 5. Dez. 1868 §. 42. 46. 54.

[7] § 538 spricht von Personen, welche „dem Rechte etwas zu erwerben überhaupt entsagt haben“: darunter können aber doch nur die im Text genannten Personen verstanden werden; vgl. westgal. Gesetzb. II §. 334. Rippel IV. S. 24.

[8] Hieran ist auch durch das Concordat nichts geändert und insbesondere die Vorschrift des Hfdkrts v. 23. März 1809 (Michel II Nr. 965) nicht aufgehoben worden, wonach der erbfähige Orden die einem seiner Professen zugedachte oder gebührende Erbschaft nicht für sich erwerben kann. Samml. Nr. 270. — Über die Erbfähigkeit säcularisirter Ordensgeistlicher: Pat. v. 9. Nov. 1781. Hofdkrt v. 17. Aug. 1835. Michel II Nr. 961. 962.

[9] § 538 führt als einen Fall relativer Erbunfähigkeit die Verzichtleistung auf eine bestimmte Erbschaft an: mit Unrecht, indem hierbei die abstrakte Rechtsfähigkeit zu erben mit dem concreten Anspruch auf eine bestimmte Erbschaft verwechselt wird, der gerade die Erbfähigkeit voraussetzt. Noch unrichtiger ist es, wenn hin und wieder (z. B. Stubenrauch II S. 255) auf die §§. 594...596 als angebliche Fälle relativer Erbunfähigkeit verwiesen wird, da in diesen §§ nicht von Erbunfähigkeit, sondern von Unfähigkeit zum Testamentzeugniß die Rede ist. Vollends eine bunte Menge angeblicher Erbunfähigkeitsgründe führt Füger, Erbr. I S. 15 auf, indem er die Nichtberufung gewisser Personen (z. B. entfernterer Abkömmlinge, unehelicher Kinder) zur gesetzlichen Erbfolge und die Ausschließung der Frauen von der Erbfolge in ein Familienfideicommiß (§. 626) verkehrter Weise als Erbunfähigkeit qualificirt.

[10] Darauf ob die strafbare Handlung als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung qualificirt sei, ob sie von amtswegen oder nur auf Verlangen des Beleidigten zu verfolgen sei und ob der Thäter die verpönte That unmittelbar verübt oder nur dazu mitgewirkt habe, kömmt es nicht weiter an. Die Erbunfähigkeit tritt ein, sollte auch wegen der strafbaren Handlung eine strafgerichtliche Untersuchung nicht wirklich stattfinden; über ihr Vorhandensein entscheidet stets der Civilrichter, wenn auch über Vorhandensein und Strafbarkeit der entwürdigenden Handlung regelmäßig der Strafrichter entscheidet. Michel S. 49. 50. Mit Unrecht jedoch behauptet dieser Schriftsteller, daß die zur Zeit des Erbanfalls vollendete strafrechtliche Verjährung die Erbunwürdigkeit aufhebe: die Verjährung hebt bloß die Strafbarkeit der Handlung auf, welche nur in diesem Sinn hinwegfällt (§. 223. 226. 526. 531 Strafgef.), aber doch nicht ungeschehen gemacht werden kann und deren civilrechtliche Folgen ebensowenig aufhören, wie wenn die zuerkannte Strafe abgebüßt oder nachgesehen wurde.

[11] Mit Unrecht (§. 42) beschränkt dies Füger, Erbrecht I S. 10 Note ** auf die Ascendenten und Descendenten des ersten Grades. Die Bestimmung des §. 540 gilt auch in Ansehung der Adoptiveltern und Wahlkinder (a. M. Rippel IV S. 29. Stubenrauch II S. 263. Füger a. a. O.); bei unehelichen Kindern gewiß immer rücksichtlich der Mutter, ob auch hinsichtlich des Vaters hängt von den Umständen ab (Winiwarter III S. 19; a. M. einerseits Rippel IV S. 29, anderseits Stubenrauch II S. 262), wie denn überhaupt das richterliche Ermessen zu entscheiden hat, ob im concreten Fall in der Verletzung eines Kindes u. s. f. eine Impietät gegen den Erblasser zu sehen ist. Michel S. 47.

12 Samml. Nr. 155. Wohl mit Unrecht (arg. §. 545) behauptet Michel S. 49, daß der Erbunwürdigkeitsgrund des §. 540 auch hinterher nach dem Tode des Erblassers in Folge eines Angriffs auf den guten Ruf des Verstorbenen (§ 492. 495 Strafges.) eintreten könne: wo wäre dann die Grenze, insbesondere in Fällen der mittelbaren Beleidigung des Erblassers! Dagegen versteht es sich von selbst, daß aus solchen Gründen Erbunfähigkeit gegenüber den Verwandten des beleidigten Verstorbenen eintreten kann.

13 Mit Recht (arg. §. 918) zählen die meisten Schriftsteller auch die strafbare Verletzung der Freiheit des Erblassers hieher, obgleich §. 540 ihrer nicht ausdrücklich erwähnt. Winiwarter III S. 19. Stubenrauch II S. 263. 264. Michel S. 48. Füger I S. 11. Ellinger zu §. 540; auch Rippel IV S. 31 Note 1 ist im Grunde derselben Ansicht.

14 In der Unterlassung der strafgerichtlichen Verfolgung, wo diese nur auf Verlangen des Beleidigten stattfinden kann, liegt an sich ebensowenig eine stillschweigende Verzeihung als in dem Fortbestehenlassen der letztwilligen Verfügung, in welcher der hinterher unwürdig Gewordene bedacht wurde. Winiwarter III S. 21. Willkürlich ist die Behauptung Hüttner's, gesetzl. Erbf. S. 88. 89, daß im Zweifel die Verzeihung zu präsumiren sei.

15 Vom Zwang ist das bloße Zureden wohl zu unterscheiden. L. 3 D. h. t. 29. 6. L. 3 C. eod. 6. 34. Die Controverse, ob zwischen gerechtem und ungerechtem Zwang zu unterscheiden sei (Rippel IV S. 34. 35. Winiwarter III S. 24. Stubenrauch II S. 266), beruht auf unrichtiger Auffassung des rechtmäßigen Zwanges. System II § 80 Note 24.

16 Vorausgesetzt wird hierbei die active Testirfähigkeit des Erblassers; viel zu weit geht Michel S. 51. 52, wenn er auch die Fälle der dem Bedachten mangelnden testamentifactio passiva ausschließt. Die Schlußvorschrift des §. 542, wornach der Schuldige „für allen einem Dritten dadurch zugefügten Schaden verantwortlich wird", kann sich naturgemäß (§. 566) nur auf die Verhinderung der Errichtung oder Widerrufung einer letztwilligen Erklärung beziehen (vgl. A. L. R. I 12 §. 606. 607): im letzten Fall bleibt nemlich, abweichend vom röm. Recht (L. 19 D. cit. 34. 9) die nicht widerrufene Willenserklärung bei Kräften; im ersten Fall aber muß der Wille des Erblassers sowohl in Ansehung der Personen, die er bedenken, als des Umfangs, in dem er sie honoriren wollte, in objektiver Weise feststehen, wenn diese Personen erweislichen Anspruch auf Ersatz haben sollen (Mühlenbruch Bd. 43 S. 484), wie z. B. im Fall der Abhaltung der Zeugen, welche das allographe Testament unterschreiben sollten (cf. L. 2 pr. D. h. t. 29. 6.).

17 Dies ist mit Recht die herrschende Meinung: Michel S. 54. 55. Stubenrauch II S. 257; a. M. ohne hinreichende Gründe: Hüttner, gesetzl. Erbf. S. 91. Füger I S. 12 fg.

18 Da die Unterdrückung des letzten Willens auch lange nach dem Tode des Erblassers erfolgen kann (z. B. die Unterdrückung eines erst später aufgefundenen Testaments), so ergibt sich auch hieraus, wie unpassend die Nichtunterscheidung ist zwischen Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit im technischen Sinn, welche auch nach

erfolgtem Erbschaftserwerb verschuldet werden kann, während nunmehr nach rückwärts künstlich angenommen werden muß, daß der Unterdrücker schon zur Zeit des Todes des Erblassers erbunfähig gewesen sei (§. 545). Übrigens scheint die Vorschrift des §. 540 rücksichtlich der Bestrafung der Unterdrückung eines letzten Willens theils zu hart, theils zu milde zu sein; zu hart, wenn der Erbe ein Codicill unterschlägt; zu milde, wenn der Erbe ein Testament verheimlicht, in welchem andere Personen zu Erben eingesetzt sind. Zweckmäßiger ist die Bestimmung des A. L. R. I 12 §. 608. Auch in diesem Fall kann unter Umständen (§. 722) der Unterdrücker des letzten Willens dritten Personen zu Schadenersatz verpflichtet sein. Winiwarter III S. 25. Cf. L. 3 §. 6. 11 sq. D. de tab. exhib. 43. 5.

[19] Dieses Falles erwähnt zwar §. 542 nicht ausdrücklich, aber er entspricht dem Grundgedanken, daß jeder erbunwürdig sein soll, der eine dem wahren Willen des Erblassers widersprechende Ordnung der Erbfolge herbeizuführen sucht. Winiwarter III S. 24. Stubenrauch II S. 267. Michel S. 54. Ellinger zu §. 542; a. M. Schwab in der Zeitschr. f. österreich. Rechtsgelehrs. 1845. II Nr. 19. — Über die Vorschrift des §. 541 vgl. unten §. 31.

[20] Im §. 545 wird als regelmäßiger Zeitpunkt des Erbanfalls der Tod des Erblassers bezeichnet und als Ausnahme nur die Erbeinsetzung unter einer Bedingung angeführt (§. 703. L. 59 §. 4 D. cit. 28. 5 cf. L. 104 D. de cond. 35. 1 und die Stellen der Note f. Mühlenbruch Bd. 39 S. 128 fg. Schirmer §. 4 Note 55). Allein der Zeitpunkt des „wirklichen" Erbanfalls kann auch bei der Intestaterbfolge ein späterer sein, theils wenn an Stelle der früher berufenen Intestaterben späterhin Andere berufen werden, theils wenn die Intestaterbfolge in Folge des nachherigen Hinwegfalls eines gültigen Testaments erst später eröffnet wird; §. 726. 727. L. 1 pr. D. de suis 38. 16. pr. I. de her. ab int. 3. 1. Bangerow II S. 29.

[21] Mit Recht (Savigny, System Bd. 8. S. 457 fg. Koch II §. 819 Note 13, vgl. jedoch Schirmer §. 4 Note 53) ist die Bestimmung des röm. Rechts, wonach bei der testamentarischen Erbfolge die Erbfähigkeit des Berufenen auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein muß (Stellen der Note f. Mühlenbruch Bd. 39 S. 120 fg.), aufgegeben worden; übrigens galt jene Bestimmung auch schon nach röm. Recht nicht bei Militärtestamenten. L. 13 §. 2 D. de test. mil. 29. 1. Mühlenbruch Bd. 42 S. 74 fg. Daß auch der Vertragserbe nicht schon zur Zeit der Errichtung des Erbvertrags erbfähig sein muß, ergibt sich von selbst aus der richtigen Auffassung dieses Rechtsgeschäfts, vgl. unten §. 26; ebensowenig der Legatar zur Zeit der Vermächtnißanordnung (vgl. dagegen L. 59 §. 4. D. de her. inst. 28. 5.).

[22] Die entgegengesetzte Behauptung ist zwar bei uns die herrschende (Zeiller II S. 403. Rippel IV S. 44. 45. Winiwarter III S. 33. Stubenrauch II. S. 271. 272. Michel S. 36), aber gewiß mit Unrecht. Durch den Erbanfall erwirbt der Berufene nur die rechtliche Möglichkeit, die Erbschaft durch Antretung zu erwerben: wenn ihm nun zu dieser Zeit die Erbfähigkeit mangelt, wie sollte er durch die Adition noch Erbe werden können? L. 49 §. 1 D. de her. inst. 28. 5.... hoc amplius, et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio .... Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit here-

ditatem. Sollte man in der That die Erbserklärung einer Person, welche nach erfolgtem Erbanfall (unbefugt ausgewandert), desertirt oder in ein Kloster getreten ist, für rechtswirksam halten? Wenn Stubenrauch II S. 272 meint, es könne für einen später erbunfähig Gewordenen die Erbschaft von seinem gesetzlichen Vertreter erworben werden (§. 805), so verwechselt er Handlungsunfähigkeit und Rechtsunfähigkeit des Berufenen. Auf den §. 545 läßt sich die hier bekämpfte Ansicht mit Grund und Erfolg nicht stützen, da das Wörtlein „nur" durch die Beziehung auf die Verneinung des Erfordernisses der Erbfähigkeit in einem früheren Moment (Anm. 21) seine ausreichende Erklärung erhält und die Nichterwähnung des Vorhandenseins der Erbfähigkeit zur Zeit des Erbschaftserwerbs daraus erklärt werden kann, daß dieses Erforderniß sich in der That „von selbst" versteht (Savigny S. 458). Daß die Erbfähigkeit vom Zeitpunkt des Erbanfalls bis zum Antritt der Erbschaft ununterbrochen fortdauern muß, ergibt sich daraus, daß im Augenblick des Verlusts der Erbfähigkeit die Erbschaft sofort einem Andern deferirt wird; Savigny Note m. Die hier vertheidigte Ansicht herrschte denn auch unbestritten zur Zeit der Abfassung des bürg. Gesetzbuchs. Vgl. Wiener Heineccius I S. 354. 355.

c) Antritt der Erbfolge.

§. 6.

Auf Grund der Berufung wird die Erbfolge einer bestimmten Person angeboten (deferirt). Durch den Erbanfall (§. 545. 546) erlangt der Berufene (Delat) somit nur erst die rechtliche Möglichkeit[1], in das Vermögen des Erblassers einzutreten. Dieses Recht Erbe zu werden pflegt man gleichfalls Erbrecht zu nennen (§. 536. 537)[2]. Zur wirklichen Nachfolge ist in allen Fällen eine Willenserklärung des Berufenen erforderlich, daß er die angebotene Erbfolge annehme und die Herrschaft über das Erbvermögen antrete (§. 547. 799)[3]. Wann immer aber der Berufene die Erbfolge antritt, er ist stets der unmittelbare Nachfolger des Erblassers[4].

Anm. [1] L. 151 D. de V. S. Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. Über die Natur des Rechts aus der Delation: Köppen, die Erbschaft §. 20, der aber mit Unrecht das Recht des Delaten ein Recht an dem Erbvermögen nennt, während es vielmehr ein Recht auf das Erbvermögen ist, und demselben einen familienrechtlichen Charakter beilegt (Erbsch. S. 92 fg. und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 127 fg. 183 fg.), während es rein vermögensrechtlicher Natur ist. (Überhaupt sind die Ausführungen von Köppen, System S. 171 Note 7 und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 128 Note 7 a über Begriff und Wesen der Familienrechte m. E. unhaltbar.)

[2] Im §. 809 wird das Erbrecht in diesem Sinn passender umschrieben als das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Ebenso heißt es jus adeundae hereditatis in L. 3 C. de instit. 6, 25, jus aditionis in Nov. 1 c. 1 §. 4. Die

neueren Schriftsteller pflegen das Recht Erbe zu werden (fieri heredem) jus succedendi, Recht zu erben (jus acquirendae hereditatis), zu nennen und dasselbe vom jus successionis als dem Recht Erbe zu sein (jus acquisitae hereditatis) zu unterscheiden. Gegen diese Unterscheidung ist nichts einzuwenden, wenn man nur festhält, daß sie weder quellenmäßig noch sprachnothwendig (§. 2 Anm. 11), sondern künstlich gemacht ist, um für zwei verschiedene Verhältnisse zwei verschiedene Ausdrücke zu haben. Der Ausdruck „Erbrecht" wird in dem vorliegenden Werke regelmäßig im Sinne von Erbfolgerecht (Recht Erbe zu sein, jus successionis) gebraucht.

[3] Der Delat wird nach österr. Recht consequenterweise (§. 4 Anm. 1) in keinem Falle von selbst (ipso jure) Erbe. Das österr. Recht unterscheidet sich hierin sowohl vom röm. Recht, wonach der Erwerb der Erbschaft in manchen Fällen ipso jure stattfindet (pr. §. 1. 2 I. de her. qual. 2. 19. L. 11 D. de lib. et poss. 28. 2. L. 14 D. de suis 28. 16. Gaj. II 157), als vom deutschen Recht und manchen modernen Gesetzgebungen, wonach diese Erwerbsart die Regel bildet (der Todte erbt den Lebenden, le mort saisit le vif). Unger, die Verl. Abhandl. S. 18 fg.

[4] Dies ist der Sinn der vielbesprochenen Regel: Heres quandoque adeundo jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. L. 54 D. de A. v. H. 29. 2. Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. L. 138 D. de R. J. Die ruhende Erbschaft vermittelt das Substrat der Nachfolge, nicht die Succession selbst; sie vermittelt den Übergang des Erbvermögens, welches in seinem gegenwärtigen Zustand auf den Erben übergeht (hereditas in heredem transfundit, quod hereditatis est L. 1 §. 15 D. si quis test. 47. 4; heredi per hereditatem adquiritur L. 1 §. 6 D. de injur. 47. 10), sie bildet aber kein selbständiges Glied in der Kette der Nachfolge (Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. L. 22 D. de usurp. 41. 3. Heredis personam hereditas sustinet. L. 24 D. nov. 46. 2). Der Erbe folgt, wann immer er die Erbfolge antritt, dem Erblasser, nicht etwa der Erbschaft nach, in welche er vielmehr nachfolgt: trotz des Zwischenstadiums der ruhenden Erbschaft schließt sich wie sonst bei einem Interregnum die Herrschaft des Erben über das hinterlassene Vermögen an die Herrschaft des Erblassers, wenn auch nicht der Zeit so doch der Sache nach, unmittelbar als Fortsetzung derselben an. Aus diesem Grunde und weil das Erbvermögen bis zum Antritt des Erben für ihn kraft Rechtens zusammengehalten wird und alle in der Zwischenzeit das Erbvermögen betreffende Veränderungen schließlich doch den Erben treffen, befindet sich im wesentlichen der noch so spät antretende Erbe in derselben Lage, als ob er die Erbschaft sofort nach dem Tode des Erblassers erworben hätte. L. 193 D. de R. J. Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent. Mit Unrecht hat man aus dieser Stelle (zu welcher Schirmer §. 6 Note 6 zu vergleichen ist) in Verbindung mit den oben angeführten und mit L. 28 §. 4 D. de stipul. serv. 45. 3 folgern wollen, daß der später antretende Erbe nach rückwärts so anzusehen und zu behandeln sei, als wäre er sofort nach dem Tode des Erblassers wirklich Herr des Erbvermögens geworden. Dieses Dogma der rückwirkenden Kraft der Erbantretung findet sich bei Savigny, System Bd. 2 S. 363 fg., welcher ihr jedoch keine praktische Bedeutung beilegt, bei Ihering, Abh. S. 167. 185. 211 fg., welcher

einen Conflikt dieser Fiktion mit der Fiktion der in der Erbschaft fortdauernden Persönlichkeit des Erblassers und eine spätere Verdrängung der ersteren durch die letztere annimmt, ferner bei Scheurl, Beitr. I S. 49 fg., der beiden Fiktionen neben einander Geltung einräumt. Die Annahme einer solchen Rückbeziehung des Erbschaftsantritts auf die Todeszeit des Erblassers (welche sich wieder bei Tewes, System S. 15. 247 findet) ist jedoch eben so sehr der Natur des Verhältnisses als den klaren Aussprüchen der röm. Quellen (Arndts §. 521 Anm. 1) zuwider. Vgl. Windscheid in der krit. Übersch. I S. 198 fg. Köppen, die Erbschaft S. 123 fg. 131 fg. 149 fg. und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 181 fg. Unger in der krit. Übersch. VI S. 169 Anm. *. Schirmer S. 67 fg. Dworzak in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 11 S. 240. 241.

4. Die ruhende Erbschaft[1].

§. 7.

Solange der Berufene die Erbfolge nicht antritt, hat die Erbschaft in der That keinen Herrn: die erbschaftlichen Rechte und Schulden bestehen zur Zeit ohne Subjekt[2]. Im Interesse des künftigen Erben wird das Erbvermögen in dieser Zwischenzeit kraft Rechtens zusammengehalten[3] und in den meisten Beziehungen wie vordem bei Lebzeiten des Erblassers behandelt[4], so daß also das zurückgelassene Vermögen in sich selbst seinen Schwerpunkt hat[5] und rechtlicher Veränderungen fähig bleibt[6]. Nach einer anderen, der subjektiven Seite des Vermögens zugewendeten und mit den normalen Begriffen von Recht, Pflicht und Vermögen sich in Einklang setzenden Auffassung[7] erscheint die noch nicht angetretene Erbschaft selbst als die Herrin des Erbvermögens[8] an der Stelle und mit der Rechtsfähigkeit des Verstorbenen[9]: vermöge dieser Vorstellungsweise (Fiktion)[10] ist die ruhende (liegende) Erbschaft eine juristische[11] Person[12 13].

In der Bestimmung des liegenden Erbvermögens, für den künftigen Erben zusammengehalten zu werden, und in der Tendenz desselben, aus diesem provisorischen Zustande der Herrenlosigkeit heraus unter die Herrschaft der Erben zu treten, liegt Grund und Maß für die rechtliche Behandlung der ruhenden Erbschaft[14]. Die liegende Erbschaft ist jener ökonomischen und rechtlichen Entwickelungen fähig, welche überhaupt bei einem Vermögen aus sich heraus ohne vermittelnde Thätigkeit seines Subjekts stattfinden können[a].

[a] L. 61 D. de A. R. D. 41. 1.

Es können somit jene Vermehrungen, Verminderungen und Belastungen des Erbvermögens eintreten, welche auch sonst ohne Dazuthun des Berechtigten oder Verpflichteten sich ergeben; so einerseits Zugänge durch Zuwachs aller Art[b], durch Delikte[15], welche an Erbschaftssachen begangen werden[c], durch Vollendung einer vom Erblasser begonnenen Ersitzung[16] trotz der vorhandenen Besitzlosigkeit[17], andererseits Abgänge durch zufälligen Untergang oder Vollendung einer Ersitzung von Seite eines Dritten[d], und Verpflichtungen durch mittlerweile erfolgenden Eintritt einer Bedingung[e] oder Ablauf eines Termins[18] sowie durch Besorgung erbschaftlicher Angelegenheiten im Wege freiwilliger Geschäftsführung ohne Auftrag[19]. Die Aufstellung eines Verwalters und Vertreters für die ruhende Erbschaft (Verlassenschaftscurator) erfolgt entweder von amtswegen im Interesse der unbekannten, deliberirenden oder säumigen Erben (§. 78. 79. 118. 128. Ges. v. 9. Aug. 1854)[f], oder auf Verlangen der Erbschaftsgläubiger[g], welche ihre Ansprüche auch gegen die ruhende Erbschaft geltend machen können (§. 811. 813. Hfdkrt. v. 19. Jänn. 1790). Seine Aufgabe ist eine beschränkte; er hat nur für die Erhaltung[h], nicht auch für die Vermehrung des Erbvermögens zu sorgen (§. 129. 145. Ges. v. 9. Aug. 1854) und daher in der Regel nur solche Handlungen vorzunehmen, welche erforderlich sind, um das Erbvermögen ungeschmälert zu erhalten und vor Nachtheil[i] zu bewahren[20].

Tritt der Erbe die Erbschaft an, so gehen mit der Erbschaft und durch sie alle erbschaftlichen Rechte und Pflichten auf ihn über[k]. Der Erbe ist nunmehr Herr des Erbvermögens, wie es früher die Erbschaft und noch früher der Erblasser war: in diesem Sinne pflegt man zu sagen, daß Erblasser, Erbschaft und Erbe eine und dieselbe Person vorstellen[21], indem man mittelst einer Art von

[b] L. 178 §. 1 D. de V. S. 50. 16. L. 20 §. 3 L. 25 §. 20 L. 26. 27 pr. L. 29. 40 §. 1 D. de H. P. 5. 3. L. 2 C. eod. 3. 31. L. 9 C. fam. ercisc. 3. 36. — L. 9 D. de suis 38. 16. [c] L. 13 §. 2 L. 43 D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 13 §. 5 D. quod vi 43. 24. [d] L. 21 D. de H. P. 5. 3. [e] L. 24 D. de nov. 46. 2. [f] L. 3 D. de cur. fur. 27. 10. L. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4. L. 8 D. quib. ex caus. 42. 4. L. 1 §. 1 D de cur. bon. 42. 7. L. 22 §. 1 D. de reb. auct. 42. 5. [g] L. 23 §. 2 D. de her. inst. 28. 5. [h] L. 48 D. de adm. tut. 26. 7. Vgl. System II §. 94 Note 17. [i] L. 23 §. 2. 3 D. de her. inst. 28. 5. L. 14 pr. D. de reb. auct. jud. 42. 5. L. 1 §. 2 D. cit. 42. 7. [k] pr. I. de stip. serv. 3. 17. L. 1 §. 6 D. de injur. 47. 10. L. 15 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 21 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 15 D. si is qui test. 47. 4. L. 80 D. de leg. II.

Metonymie die Kategorie der Identität von den Rechtsverhältnissen auf deren Subjekte überträgt.

Anm. [1] Savigny, System Bd. 2 §. 102. Mühlenbruch Bd. 43 S. 40...77. Jhering, Abhandl. aus dem R. R. Nr. 3. Pfeifer, die Lehre von den juristischen Personen §. 49...51. Arndts im R. L. IV S. 2 fg. Scheurl, Beiträge I Nr. 1. (Dazu Pagenstecher in der Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 21 fg.) Windscheid in der krit. Überschau I Nr. 8; die Actio des röm. Civilr. S. 233 fg.; Pandekt. I §. 49. 57 fg. Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession S. 376 fg. Köppen, die Erbschaft S. 25...91 (dazu Kuntze in Schletter's Jahrbb. III S. 259 fg. und Vering in den Heidelb. Jahrbb. 1857 Nr. 44. 45); System des Erbr. I §. 2 S. 200 fg. Unger in der krit. Übersch. Bd. 6 S. 156 fg. Vering, Erbr. S. 65 fg. 89 fg. Demelius, die Rechtsfiktion §. 8 (dazu Arndts in der krit. Vierteljahrsschr. I S. 93 fg.) und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 4 Nr. 2. Keller, Pandekt. §. 456. 533. Brinz, Pandekt. §. 154. 155. Schirmer, Erbr. I §. 3. Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 11 Nr. 7. Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen. 1863. Wie die Lehre von den juristischen Personen überhaupt, so ist bekanntlich insbesondere auch die juristische Persönlichkeit der hereditas jacens in neuester Zeit, wie die angeführte Literatur zeigt, lebhaft verhandelt und angefochten, in der That fast „zu Tode gehetzt" worden. Es ist hier nicht der Ort, auf diese interessante Materie ausführlich einzugehen; doch mag es gestattet sein, den einen und den andern Punkt eingehender zu behandeln.

[2] Es existirt hier in der That Eigenthum ohne Eigenthümer, Forderung ohne Gläubiger, Schuld ohne Schuldner. Gajus: L. 1 pr. D. de rer. div. 1. 8.... res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt (vgl. Anm. 8). L. 22 D. de neg. gest. 3. 5.... sive hereditaria negotia, sive ea quae alicujus essent, gerens aliquis.... Ulpian: L. 13 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit hujus servi? (vgl. Anm. 8). L. 3 pr. D. de pecul. 15. 1.... sciendum est, et si in nullius sit potestate (sc. servus), dari de peculio actionem, utputa si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem. L. 1 pr. D. de succ. edict. 38. 9. Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent.... L. 13 §. 5 D. quod vi aut clam 43. 24. Quaesitum est, si cum praedium interim nullius esset.... utputa hereditas jacebat... Ne illud quidem obstare Labeo ait, quod eo tempore (sc. ante aditam hereditatem) nemo dominus fuerit (vgl. Anm. 8.) L. 3 §. 6 D. de neg. gest. 3. 5. L. 11 pr. D. de pec. const. 13. 5. Hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit, etiam si nullus apparet, qui interim debeat, utputa si ante aditam hereditatem debitoris.... constituat quis se soluturum: nam et Pomponius scribit, valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est. Javolenus: L. 64 D. de her. instit. 28. 5.... servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit. Paulus: L. 6 D. expil. hered. 47. 19. Rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est.

L. 77 D. de V. O. 45. 1. Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita. Pomponius: L. 24 D. de nov. 46. 2 (Anm. 3). L. 10 D. quod legat. 36. 3.

[3] Javolenus: L. 36 D. de stip. serv. 45. 3 .... Inter hereditarium enim servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis jure retinetur, nec potest relictus videri, qui universo hereditatis jure continetur; alter voluntate domini derelictus non potest videri ad usum ejus pertinere, a quo relictus est. Es ist dies eben der Unterschied zwischen Aufgeben (derelinquere) und Verlassen oder Zurücklassen (relinquere). Daß dieses Zusammenhalten des Erbvermögens im Interesse des künftigen Erben geschieht, geht auch hervor aus L. 24 D. de novat. 46. 2 .... Nec huic contrarium est, quod si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub conditione, quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio exstiterit, novatio fieret: hic enim morte promissoris non exstinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet. Über die Lesart dieser Stelle (cujus) vgl. Mühlenbruch S. 52 Note 67. Göschen, Vorles. III 2 S. 16. Köppen, System §. 2 Note 38. Dworzak S. 230.

[4] Nur dies will §. 547, freilich „nicht in bester Fassung" (Arndts, Pandekt. §. 465 Anm. 2), sagen: „Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde." Es heißt dies also nur, die ruhende Erbschaft werde so behandelt, wie vordem als der Erblasser als Mittelpunkt derselben noch wirklich lebte (Anm. 9), oder wie Keller S. 869 sich ausdrückt: „das Subjekt des Vermögens wird als in dem Objekt verborgen angesehen." Nicht etwa wird der Verstorbene an sich als fortlebend (cf. L. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2. L. 41 D. de R. C. 12. 1. L. 3 §. 6 D. de neg. gest. 3. 5) oder als Herr des Erbvermögens fingirt, was zu ganz falschen Consequenzen führen würde. Vgl. Mühlenbruch S. 53. 54. Scheurl S. 21. Brinz S. 665 und insbesondere Köppen, Erbsch. S. 24. System S. 208 fg. 220. 225. 242. 243. Vgl. auch Dworzak S. 234.

[5] Das Vermögen besteht hier sowohl in seiner Gesammtheit als in seinen einzelnen Bestandtheilen in der That rein objektiv (subjektlos) fort. An dieser nackten Thatsache kann, wie allerdings zugegeben werden muß (Anm. 10), auch durch Fiktionen, welcher Art und welchen Inhalts sie immer sein mögen, nichts geändert werden, da die Vorstellung (Einbildung), es sei ein Vermögenssubjekt vorhanden, die Thatsache der wirklichen Subjektlosigkeit nicht nur nicht zu ändern vermag, sondern sie indirekt vielmehr anerkennt, indem sie sie zu ihrer Voraussetzung hat. Wie sollen wir nun aber Vermögen ohne Vermögendes, Willensherrschaft (Recht) ohne Herrscher, Willensunterworfenheit (Verpflichtung) ohne gebundenes Subjekt denken? Oder müssen wir, um das Wirkliche, das doch denkbar sein muß, denken zu können, deshalb den Begriff von Berechtigung, Verpflichtung und Vermögen anders fassen als bisher, wie dies Ihering (Jahrb. f. Dogm. I S. 28 Note 9) eventuell verlangt? Die Antwort, welche Windscheid, die Actio S. 234 fg., auf diese Frage gibt, ist m.

E. unbefriedigend (krit. Übersch. VI S. 160): aus der Indifferenz eines Rechts gegen die Individualität seines Subjekts geht durchaus nicht die Möglichkeit der gänzlichen Subjektlosigkeit desselben hervor. In seinem Lehrb. d. Pandekt. I §. 49 berührt Windscheid die Capitalfrage gar nicht, sondern constatirt nur, daß „Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, ohne an einen Menschen als ihren Träger angeknüpft zu sein", ohne uns zu belehren, wie sich ein solches subjektloses Recht, das nicht nur nicht einem Willensfähigen, sondern gar niemand zusteht, mit der Definition des Rechts als „eines von der Rechtsordnung verliehenen Wollen-Dürfens, als einer von der Rechtsordnung verliehenen Macht oder Herrschaft" (§. 37) vertrage? Auch Brinz hat für diesen entscheidenden Punkt keine Antwort, ja nicht einmal, wie mir scheinen will, eine Frage: denn der Satz, das Erbvermögen sei zwar herren- aber nicht rechtlos, formulirt nur die Thatsache des Fortbestandes des Erbvermögens, erklärt dieselbe aber nicht. Nicht besser steht es mit Demelius: er sagt nur, daß „das Recht auch Gütermassen als Vermögensganze zusammenhält, welche nicht ihren Mittelpunkt in dem Rechtswillen einer Person haben, sondern einem bestimmten anderen (?) Zweck ausschließlich gewidmet sind" (Jahrb. f. Dogm. IV S. 126), daß „die Existenz eines Vermögensganzen, welches keiner Person gehört, sondern, um einem bestimmten Zwecke zu dienen, vom Rechte aufrecht erhalten wird" (S. 151), ohne sich zu fragen und uns zu antworten, wie dies möglich sei und auf welche Art dies geschehe. Tiefer gebt Köppen, Erbsch. S. 9 fg. System S. 239. 240, indem er die herkömmliche Definition des subjektiven Rechts angreift und hervorhebt, daß ein Recht nur bei seiner Ausübung sich als Macht des Subjekts darstelle, daß aber diese Ausübung zeitlich suspendirt sein könne, ohne daß dadurch die Existenz des Rechts alterirt werde. Ganz abgesehen nun von der m. E. verkünstelten Definition des Rechts, welche Köppen der herrschenden substituirt, vermag er im besten Fall höchstens zu erklären, wie es möglich sei, schon begründete Rechte zeitweilig ohne Subjekt fortzuerhalten, einer Person bereits zustehende Rechte zum Zweck ihres Überganges auf einen Nachfolger oder aus sonstigen Gründen (wie bei dem röm. Captivus) eine Zeit lang in der Schwebe zu erhalten. Aber wie soll es in den Fällen einer sonstigen universitas bonorum (einer Stiftung) stehen, wo Rechte ohne alles Subjekt entstehen und dauernd bestehen sollen, wo es sich nicht bloß um eine Vermehrung des Vermögens von innen heraus (Note 23), sondern um „ein Können und Dürfen" und eine Vermehrung von außen handelt? (Krit. Übersch. VI S. 161 fg.) So bleibt denn in der That nichts übrig, um das Wirkliche zu begreifen, als (ohne Änderung der Begriffe von Berechtigung und Verpflichtung) anzuerkennen, daß das objektive Recht den Inhalt von Rechten und Pflichten gleichsam als Niederschlag substantiire, daß es das Dürfen und Müssen als Unpersönliches objektivire, indem es Rechte und Verbindlichkeiten, welche sonst eine Person zu ihrem Träger haben, aus dieser natürlichen Verbindung loslöst (welche Loslösung in natürlicher Weise sich von selbst mit dem Tode vollzieht: post mortem incipit dominium discedere ab eo, qui decit L. 9 §. 1 D. de J. D. 23. 3. L. 51 D. de usufr. 7. 1) und sie auf eigene Füße stellt, daß es also, was sonst nur Attribut und rechtliche Qualität ist, zu realer Substantialität erhebt und auf diese Art Rechte und Pflichten in selbständige rechtliche Mächte verwandelt. Und zu dieser Hypostasirung der Rechte und Verbindlichkeiten ist das objektive Recht, um mit Windscheid zu reden, allerdings souverän: kraft seiner Machtvollkommenheit stattet es ein Vermögen mit Selbständigkeit aus, befreit es

aus seiner normalen Verknüpfung mit einem bestimmten Subjekt und macht das dergestalt emancipirte Vermögen im Interesse der Personen selbst, quarum causa omne jus statutum est (§. 12 I. de jur. nat. 1. 2), zu einem Vermögen sui juris. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß dieser Prozeß der Lostrennung der Rechte und Pflichten und der Verselbständigung des Vermögens um nichts weniger eigenthümlich ist, als die in neuester Zeit so sehr perhorrescirte Statuirung juristischer Persönlichkeit: es bestätigt sich auch hier wieder, daß das scheinbar Einfachste und Natürlichste (Windscheid in der krit. Übersch. I S. 186 fg.), wie auf allen Gebieten so auch auf dem des Rechts, das Schwierigste ist und daß die Auffassung des Vermögens als eines selbständigen Rechtsorganismus um nichts einfacher und leichter denkbar ist als die so nahe liegende Annahme juristischer Persönlichkeit.

[6] L. 178 §. 1 D. de V. S. Hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur. L. 20 §. 3 D. de H. P. 5. 3. L. 29 D. de capt. 49. 15.

[7] Durch diese Auffassung schafft die Jurisprudenz auf die unwillkürliche und unvermeidliche Anfrage, wem das Vermögen gehöre, wer Eigenthümer sei, wer zu fordern, wer zu leisten habe, die ausreichende Antwort und entspricht durch die Anknüpfung des selbständigen (subjektlosen) Vermögens an ein ideales Subjekt der Anschauung, daß Rechte und Verbindlichkeiten, welche bestehen, auch jemand zustehen. Durch diese rein wissenschaftliche Fiktion (Einbildung, Hineinbildung) der juristischen Persönlichkeit findet somit eine Zurücksubjektivirung des objektivirten Vermögens statt, wodurch in das Rechtssystem Einheit gebracht und alle anomalen Erscheinungen unter einen einfachen Gesichtspunkt gestellt werden: ein Vermögen, welches in der That kein Subjekt hat, wird so angesehen und behandelt, als hätte es ein Subjekt: das Vermögen sui juris wird so behandelt wie das Vermögen alieni juris. Da diese Fiktion der juristische Verstand aus juristischen Gründen und zu juristischen Zwecken macht, so ist es m. E. nicht zu billigen, wenn Windscheid, Pandekt. I § 49 die Personifikation des selbständigen Vermögens auf „ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welche durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl" zurückführt. Personifikationen dieser nichtjuristischen Art, wie z. B. „der öffentlichen Meinung, wenn wir sagen, daß sie einen Sieg davon getragen habe, des Handels, wenn wir sagen, daß er sich neue Wege suche" (Windscheid Note 2. 3), macht die Sprache, und machte insbesondere die deutsche Rechtssprache, auch bei der Erbschaft. So sagen wir: das Vermögen überlebt den Erblasser, das Vermögen findet keinen Erben, und so sagten unsere Voreltern: das Erbe tritt an das Kind, das Erbe geht nicht aus dem Busen, das Erbe stirbt ab u. a. m. (vgl. Graf und Dietherr, deutsche Rechtssprichw. 5. Hptst. Nr. 58. 62. 64. 72. 79. 84. 85. 91. 92. 97. 114). Allein diese sprachliche Personifikation ist von der juristischen Personifikation prinzipiell verschieden: die juristische Person ist eine Rechtsfigur, nicht eine Redefigur.

[8] Gajus: L. 31 §. 1 D. de her. instit. 28. 5. Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est, hereditatem dominam esse, et defuncti locum obtinere. Ulpian: L. 13 §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2.... legem (Aquiliam) domino damna salva esse

voluisse: dominus ergo hereditas habebitur. L. 13 §. 5 D. quod vi 43. 24..., Accedit his, quod hereditas dominae locum obtinet. L. 1 §. 1 D. si is qui test. 47. 4..., hereditati furtum fecit, hoc est dominae. L. 1 §. 6 D. de injur. 47. 10..., magis hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri (sc. actionem injur.). Paulus: L. 21 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5. Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat. L. 14 D. de H. P. 5. 3. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit. L. 11 §. 2 D. de accept. 46. 4..., ut per hoc hereditas ipsa liberetur. Pomponius: L. 15 pr. D. de interr. 11. 1. Si ante aditam hereditatem servum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas. L. 43 D. ad leg. Aquil. 9. 2. Hermogenian: L. 61 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur, ideoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. Papinian: L. 80 D. de leg. II.... recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat. Julian: L. 11 D. de fidej. 46. 1.... nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent. Africanus: L. 41 D. de R. C. 12. 1.... hereditati quoque ex re hereditaria acquiri. Die Ausdrücke: die Erbſchaft iſt herrenlos, und: die Erbſchaft iſt der Herr der erbſchaftlichen Rechte, Verbindlichkeiten und Geſchäfte bezeichnen ein und daſſelbe Verhältniß nur von verſchiedenem Standpunkt aus, der eine von objektiver Seite (ſelbſtändiges Vermögen), der andere von ſubjektiver Seite (ſelbſtändige Perſönlichkeit): dort findet eine Subjektobjektivirung, hier eine Objektſubjektivirung ſtatt, dort eine Subſtantirung, hier eine Perſonificirung. Daher konnten auch dieſelben röm. Juriſten (Anm. 2. 8) beide Bezeichnungsweiſen abwechſelnd gebrauchen und nach Bedürfniß der Sachlage bald die eine, bald die andere Auffaſſungsweiſe hervortreten laſſen, unter Umſtänden wohl auch beide verbinden (cf. L. 13 §. 5 D. cit. 43. 24). Daher kann man auch unbedenklich in L. 1 pr. D. cit. 1. 8 (Anm. 2), einer Stelle, auf welche von gegneriſcher Seite (Köppen, Syſtem S. 205) mit Unrecht Gewicht gelegt wird, unbedenklich hinzuſetzen: quia hereditatis sunt, gerade ſo wie es dort heißt: res universitatis nullius in bonis sunt, ipsius enim universitatis esse creduntur. Cf. Gaj. II 9...11. Mit Unrecht ſieht Köppen, Erbſch. S. 32 fg. 86 fg. Syſtem S. 207 fg. in dieſen Bezeichnungen nur „einen bildlichen Ausdruck" für die „juriſtiſche Faſſung" des Satzes: hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit, während in der That eine andere Seite der juriſtiſchen Auffaſſung deſſelben Verhältniſſes geltend gemacht wird. Die erſte Frage iſt nicht die, wie eine Vermehrung des Erbſchaftsvermögens zu denken ſei (und wem ſie gehöre), ſondern wie der ſubjektloſe Fortbeſtand des Erbvermögens zu denken ſei und wem hereditate jacente die einzelnen erbſchaftlichen Rechte und Pflichten zuſtehen. Daher enthält es eine petitio principii, wenn Köppen Note 23 behauptet: „Von einem Können und Dürfen kann bei der ruhenden Erbſchaft nicht die Rede ſein, ſondern nur von einem Werden von Rechten aus den vorhandenen jura hereditaria." Und nicht minder unrichtig iſt die Art und Weiſe, wie Köppen über die Stellen, welche die Selbſtherrlichkeit der ruhenden Erbſchaft klar anerkennen, hinauszukommen ſucht. So z. B. über die L. 13 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2: hätte der röm. Juriſt in der That ſo argumentirt, wie Köppen Note 17 will, ſo

hätte er nicht hervorgehoben, daß die hereditas domina servi ist, sondern hätte das Gewicht darauf legen müssen, daß der Sclave zum Erbvermögen gehöre (qui bonorum fuerunt et esse perseverant cf. L. 13 §. 1 D. de capt. 49. 15). Nicht minder unrichtig aber ist es auf der andern Seite, wenn Schirmer Note 29. 30. 42 a. E., dessen Darstellung mir überhaupt an inneren Widersprüchen und Unrichtigkeiten zu leiden scheint (vgl. auch Dworzak Note 36. 37. 40), „die Singularität in der Zulassung des Erwerbes, nicht in der Veränderung des Umfangs der Erbschaft" findet und die Annahme der Selbstherrlichkeit der hereditas jacens nur „zur Rechtfertigung des Erwerbes" nicht „in Betreff des Habens" für nöthig hält: denn der zugelassene Erwerb ist in der That nur ein solcher, der aus dem Vermögen unmittelbar und ipso jure hervorwächst und wozu es eines animus acquirendi durchaus nicht bedarf. Dieser Auffassung scheint überdies die unrichtige Vorstellung zu Grunde zu liegen, als könnte durch die Fiktion etwas erst ermöglicht werden, was ohne sie nicht möglich wäre. Schon Mühlenbruch, dessen Darstellung immer noch volle Beachtung verdient, hat bemerkt (S. 55), daß „es an sich überall nicht des künstlichen Begriffs oder der fingirten Persönlichkeit einer hereditas jacens bedürfe, um sich die aus natürlichen Ursachen eintretende Vergrößerung oder Verminderung der Erbmasse durch Alluvion, Zuwachs von Früchten, Geburts- und Sterbefällen von Thieren und Sclaven zu erklären" und fügt mit Recht hinzu: „Indessen könnte immer noch gefragt werden: wer ist denn der Eigner des Zuwachses während der ruhenden Erbschaft?" Die Antwort auf diese Frage gibt der Satz: hereditas ipsa dominae locum obtinet.

[9] Dies drückt der Satz aus: Hereditas personam defuncti (non heredis) sustinet. Gajus: L. 31 §. 1 D. cit. 28. 5. Ulpian: L. 33 §. 2. L. 34 D. de A. R. D. 41. 1. Hermogenian: L. 61 D. eod. 41. 1. Paulus: L. 52 D. de her. inst. 28. 5. Florentinus: L. 116 §. 3 D. de leg. I. §. 2 I. de her. inst. 2. 14. pr. I. de stip. servor. 3. 17. L. 9 C. depos. 4. 34. Köppen, Erbsch. S. 41 fg. System S. 212 fg. Schirmer S. 21. Dworzak S. 231 fg. Vgl. auch L. 55 §. 1 D. de leg. II und zu dieser Stelle Schirmer §. 3 Note 43. Auch dieser Sinn („es ist so gut, als hätte man es immer noch mit dem Erblasser zu thun") läßt sich dem Schlußsatz des §. 547 beilegen, was wegen der praktischen Folgen daraus (vgl. auch Pfeiffer S. 153. 154) um so räthlicher erscheint.

[10] Es ist das Verdienst von Brinz, Köppen, Windscheid und insbesondere von Demelius, das wahre Wesen der Fiktion, welches übrigens schon Savigny, Beruf S. 32 kurz andeutete, klar dargelegt und in überzeugender Weise ausgeführt zu haben, daß die Fiktion nicht eine Erdichtung enthalte, sondern nur die eigenthümliche Ausdrucksform für die juristische Gleichstellung und Gleichbehandlung an sich (thatsächlich) verschiedener Verhältnisse sei. Daher kann man nicht, wie dies früher so häufig geschehen ist (so auch noch in der krit. Übersch. VI S. 166 fg.) mit Hülfe von Fiktionen juristische Verhältnisse erklären oder zurechtlegen: die Fiktion enthält weder ein schöpferisches Prinzip noch vermag sie eine juristische Basis zu bilden, sie ist vielmehr umgekehrt nur die abgekürzte Formel für die bereits geschaffene und begründete Ordnung der Dinge: sie ist „ein Werkzeug juristischer Terminologie", nicht ein Werkzeug juristischer Construktion. „Die Kraft juristischer Fiktionen ist überall nicht, das, was nicht ist, zum Sein zu bringen, sondern nur Folgen ein-

treten zu laſſen, als ob wäre, was nicht iſt, oder, was iſt, nicht wäre. So vermag die Fiktion auch kein Rechtsſubjekt zu ſchaffen, wo kein Rechtsſubjekt iſt, wohl aber Rechten ohne Subjekt ihren Beſtand zu ſichern (?), als ob ſie ein Subjekt hätten. Iſt nichts vorhanden bei Stiftungen, dem die Rechtsſubjektivität beizulegen wäre, und das fingirte Etwas iſt eben ein Nichts das wie ein Etwas behandelt wird, ſo haben in der That die Stiftungsrechte kein Rechtsſubjekt; die Fiktion vermag nicht ihnen ein Rechtsſubjekt zu geben, nur dahin zu wirken (die Fiktion?), daß der Mangel eines Rechtsſubjekts nicht empfunden wird." Bekker in den Jahrb. f. gem. R. I S. 305. Es fehlt denn auch nicht an mannigfachen Quellenbelegen dafür, daß ſich die einer Fiktion bedienenden röm. Juriſten der wirklichen Beſchaffenheit der Dinge fortwährend bewußt blieben. Sogar prinzipiell ſpricht ſich darüber Gajus aus III 194: Propter hoc tamen quod lex ea causa manifestum furtum esse jubet (eod. 192), sunt qui scribunt furtum manifestum aut lege aut natura (intelligi) .... sed verius est natura tantum manifestum furtum intelligi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut perinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit. Ebenſo Marcianus in L. 2 D. de inoff. test. 5. 2. Vgl. ferner L. 12 D. qui test. fac. 28. 1. L. 3 §. 1 D. de V. S. L. 4 §. 1 D. bon. libert. 38. 2. Zu dem Ausdruck von Paulus in L. 18 D. ad leg. Falcid. 35. 2: fictio legis Corneliae (L. 18 D. de capt. 49. 15) et hereditatem et heredem facit vgl. Paulus in L. 1 §. 1 eod. Julianus: L. 22 pr. D. de capt. 49. 15.

[11] Gegen den Ausdruck „juriſtiſche" Perſonen überhaupt hat Windſcheid, Pandekt. §. 49 a. E. Einſprache erhoben: ohne genügenden Grund (Anm. 13) und mit eigener Befolgung des bekrittelten Ausdrucks (§. 57 fg.). Andere Schriftſteller, wie Scheurl, Beitr. S. 4 fg. Schirmer S. 22 und Keller §. 456. 533 wollen der ruhenden Erbſchaft wegen ihrer beſchränkteren Aufgabe und Dauer das Prädikat der juriſtiſchen Perſon nur „gleichſam", „nicht geradezu" zugeſtehen oder ſie höchſtens „fingirte" Perſon nennen: gewiß mit Unrecht. Vgl. dagegen Windſcheid, krit. Überſch. I S. 190. Unger ebda VI S. 157. Dworzak S. 221 fg. „Es gibt allerdings mehrere Arten von juriſtiſchen Perſonen, nicht aber verſchiedene Arten der juriſtiſchen Perſönlichkeit." Dworzak S. 223. Bekanntlich beruht auch Savigny's Oppoſition gegen die juriſtiſche Perſönlichkeit der Erbſchaft auf dem Verkennen dieſes Satzes. Vgl. dagegen ſchon Mühlenbruch S. 41 fg. Note 52. Arndts im R. L. IV S. 5. 6. Pfeiffer S. 154 fg. Und nennt man nicht auch einen Curator ad hoc einen Curator? Ganz und gar aus der Rolle fällt Demelius, Jahrb. IV S. 133 fg.: die ruhende Erbſchaft ſoll ein Zweckvermögen ſein, welches zugleich als Perſonenvermögen behandelt wird und gerade deßhalb (Note 41) ungünſtiger ſtehen als das reine Zweckvermögen! Das Richtige auf Demelius' Standpunkt wäre geweſen: die ruhende Erbſchaft iſt ein Zweckvermögen, welches die Tendenz hat, baldmöglichſt wieder Perſonenvermögen zu werden.

[12] Florentinus: L. 22 D. de fidej. 46. 1. Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas. Paulus: L. 15 pr. D. de usurp. 41. 3... nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi re-

ceptum est. In dieſen Stellen wird allerdings die hereditas jacens nicht in die Zahl der Perſonen und Rechtsſubjekte geſtellt (Köppen, Syſtem S. 222 fg.), da das vice fungi nur bedeutet, daß Etwas die Stelle eines Andern vertritt, ohne deshalb dieſes zu ſein; z. B. fideicommissa vice legatorum funguntur L. 8 §. 2 D. de cond. inst. 28. 7. demonstratio plerumque vice nominis fungitur. L. 34 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 6 D. de R. C. 12. 1. in omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur L. 2 D. de B. P. 37. 1. L. 117 D. de R. J. emtorem hereditatis vicem heredis obtinere. L. 2 §. 18 D. de her. vend. 18. 4. Allein immerhin liegt doch dies darin, daß Etwas, was in der That kein Rechtsſubjekt hat oder iſt, dieſelben Funktionen verrichte, wie Etwas was in der That ein Rechtsſubjekt hat oder iſt, ſomit demſelben in gewiſſen Beziehungen gleichzuſtellen ſei. Cf. L. 2 D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 14 §. 1 D. de usurp. 41. 3. L. 13 §. 31 D. de A. E. V. 19. 1. Und mehr als dies ſoll ja auch mit dem Ausdruck „juriſtiſche Perſon" nicht geſagt ſein, als daß man es zwar nicht wirklich, wohl aber ſoviel als wie mit einer Perſon (mit einer Quaſiperſon) zu thun habe, und von dieſer Betrachtungs- und Behandlungsweiſe läßt ſich gewiß mit vollem Rechte ſagen, daß ſie „das Reſultat einer auf der Wirklichkeit baſirten Reflexion" (Köppen, Erbſch. S. 7) ſei. Die juriſtiſche Perſon iſt die Geſtalt (Form), in der wir die ſelbſtändige Exiſtenz eines ſubjektloſen Vermögens ſeit Jahrhunderten mit vollem Fug zu denken gewohnt ſind. Vgl. Arndts, Pandekt. §. 41 Anm. 4. Windſcheid, Pandekt. §. 49 Note 2. 3. — Was den Gegenſtand der Perſonifikation anlangt, ſo muß man die beiden Claſſen der Vermögensgeſammtheit (universitas bonorum) und der Perſonengeſammtheit (universitas personarum) unterſcheiden. Dort kann es nur die universitas bonorum ſelbſt ſein, welche perſonificirt wird: die Erbſchaft (Stiftung) iſt ihr eigener Herr, das Vermögen gehört ſich ſelbſt. Darum bleibt man mit dieſer Perſonifikation in einem geſchloſſenen Kreis und bewegt ſich im Zirkel: das Vermögen gehört ſich ſelbſt, und: das Vermögen gehört niemand, kommt auf daſſelbe hinaus. Es wird immer nur, man mag die eine oder die andere Seite hervorheben, geſetzt, daß das ſelbſtändige (ſubjektloſe) Vermögen ſeinen Mittelpunkt in ſich ſelbſt habe, und es iſt gleichbedeutend, ob man ſagt: die Sache gehört der Erbſchaft (Stiftung) oder: ſie gehört zu der Erbſchaft (Stiftung). Bei dem Vermögen der Perſonengeſammtheiten dagegen iſt eine doppelte Auffaſſung möglich. Zunächſt erſcheint die universitas personarum ſelbſt als Perſon (Vermögensſubjekt) und der Fortſchritt in der Entwicklung des Rechts beſteht eben darin, daß man die Geſammtheit von den Einzelnen unterſcheidet und auf dieſe Art an Stelle ſämmtlicher einzelner phyſiſcher Perſonen (singuli) die ideale Geſammtperſönlichkeit (universitas) durch Abſtraktion gewinnt. L. 1 pr. L. 6 §. 1 D. de rer. div. 1. 8. L. 7 §. 1 D. quod cujusq. univ. 3. 4. L. 1 §. 7 D. de quaest. 48. 18. In dieſem Sinn wird in L. 9 §. 1 D. quod metus 4. 2 der Einzelperſon (singularis persona) die Collektivperſon entgegengeſetzt (populus vel curia vel collegium vel corpus). Vgl. Arndts S. 96 fg. Auf dieſe Art wird das Vermögen an die ideale Perſönlichkeit des Staates, der Gemeinde u. ſ. w. angeknüpft, deren Bildung gewiß längſt ſchon auf publiciſtiſchem Boden vollzogen war, bevor das Civilrecht dazu kam, den Satz auszuſprechen: personae vice fungitur. In der That aber exiſtirt auch hier wie bei Stiftungen das Vermögen ohne reelles (natürliches) Subjekt, ſo daß ein ſelbſtändiger, ſeinen Mittelpunkt in ſich tragender

Güterinbegriff vorhanden ist, der ebenso Gegenstand der Personifikation werden mag, wie sonst eine universitas bonorum. Daher kommt es denn auch, daß die Einen den Fiscus als das Vermögen des personificirten Staats, die Andern als das personificirte Staatsvermögen bezeichnen, wie man schon im gemeinen Leben bald von einer Forderung (Schuld) an den Staat, bald von einer Forderung (Schuld) an die Staatskasse spricht.

13 Bekanntlich hat man in neuester Zeit von manchen Seiten (Brinz, Köppen, Demelius) das Anathema gegen die juristischen Personen geschleudert: wie ich glaube, ohne Grund (krit. Übersch. VI Nr. 9), wie zu hoffen ist, ohne Erfolg. Vgl. auch Arndts, krit. Vierteljs. I S. 93 fg. Pandekt. §. 41. 465. Fitting, krit. Vierteljs. I S. 581 fg. Windscheid, Pandekt. §. 49 Note 2. Dworzak S. 218 fg. Bangerow, Pandekt. 7. Aufl. I §. 53 u. E. Freilich darf man sich die juristischen Personen nicht wie künstliche Schöpfungen des Rechts, wie juristische Homunculi vorstellen und dann etwa fragen, welches Geschlechts dieser juristische Euphorion sei und ob er vielleicht gar auch heirathen könne? Die juristische Person ist nichts anderes als der durchaus sachgemäße Ausdruck für ein Vermögen, das in der That kein Rechtssubjekt hat: dieses selbständige Vermögen wird in Gedanken mit Persönlichkeit bekleidet, nicht etwa die künstlich geschaffene Person mit dem Vermögen ausgestattet. Unwillkürlich verfallen denn auch die Bekämpfer dieser natürlichen Vorstellungs- und Bezeichnungsweise selbst überall wieder in dieselbe zurück. So z. B. Demelius, Jahrb. IV Note 45, indem er, übrigens ganz mit Recht (a. M. Salkowski S. 19 fg. 44 fg.), das Gewicht darauf legt, ob die Gesellschaftsgläubiger mit den Gesellschaftsgliedern oder „nur mit der Gesellschaft als solcher in unmittelbarem Rechtsverhältniß stehen sollen“: was ist die Gesellschaft „als solche“ anderes als die ideale Gesammtpersönlichkeit (Collektivperson) der Mitglieder? Ja Demelius S. 146 spricht sogar ohne Scheu von einer „Succession“ bei dem Ausscheiden der Sachen aus dem Personenvermögen in das Zweckvermögen. Dieser neue Begriff, den man an die Stelle der verbannten juristischen Person setzen will, das sog. Zweckvermögen, ist m. E. durchaus unpassend und ganz untauglich zu der ihm zugedachten Operation. Vor allem verfehlt man damit schon die richtige Kategorie: auf die Frage, wem das Vermögen gehöre, antwortet man mit der Angabe dessen, wozu es dient. Und dient denn nicht auch das Vermögen der Einzelnen ihren verschiedenartigen Zwecken? Wie unbrauchbar dieser neuestens beliebte Terminus ist, zeigt gerade die controverse Frage (Bangerow I §. 60), ob ein zu gemeinnützigen Zwecken bestimmtes Vermögen (Stiftungsvermögen) für sich mit selbständiger Qualität bestehe oder einer bestimmten Corporation zugehöre? Will man also schon, ohne ausreichenden Grund, die juristische Person aufgeben, so müßte man statt dessen von selbständigem und unselbständigem Vermögen, nicht aber von Zweckvermögen (und zweckfosem Vermögen?) oder vollends gar von „abhängigem Zweckvermögen“ (Bekker in der Zeitschr. f. Handelsr. IV Nr. 10) sprechen. In der That aber ist an juristischen Personen so wenig Anstoß zu nehmen, als an Adoptivkindern, wobei doch Wahl und Zeugung („Kind ist buchstäblich = genitum“ Heyse, System der Sprachwiss. S. 111) sich in eigenthümlicher Weise verbinden. Und könnte man denn nicht mit gleichem Recht die angenommenen Kinder juristische Kinder (jure statt natura gewonnene Kinder) und umgekehrt die juristischen Personen angenommene Personen nennen? Fürwahr, so lange man von

Adoptivkindern sprechen wird, so lange wird man von juristischen Personen, von Corporations- und Stiftungsvermögen sprechen!

[14] Dieser Umstand erklärt die Verschiedenheit der Behandlung der ruhenden Erbschaft und anderer subjektloser Vermögensinbegriffe, welche die Aufgabe haben, in dem Zustand der Selbständigkeit dauernd zu beharren und die Mittel zur Realisirung gewisser Zwecke in möglichst ausgiebiger Weise zu gewähren. Während daher bei Corporations- und Stiftungsvermögen von vornherein Organe geschaffen werden, welche die Erhaltung und Vermehrung, die Verwaltung und Vertretung des Vermögens zu besorgen haben, und den Erweiterungen des Vermögens breite Zugänge eröffnet werden, ist dies alles bei der ruhenden Erbschaft, welche nur eine Zeit lang conservirt werden soll, anders, daher die hereditas jacens insbesondere weder instituirt noch honorirt werden kann (vgl. §. 14 Anm. 7). Diese knappere Behandlung der ruhenden Erbschaft berechtigt jedoch durchaus nicht, ihr das Prädikat einer juristischen Person abzusprechen. Anm. 11.

[15] Nach röm. Recht ist ein Diebstahl an Erbschaftssachen vor Besitzergreifung von Seite des Erben in der Regel nicht möglich, weshalb durch ein besonderes crimen expilatae hereditatis geholfen wird. L. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. 4. L. 14 §. 14 L. 68 ... 70 D. de furt. 47. 2. L. 1. 2. 6 D. expil. hered. 47. 19. L. 40 D. de noxal. act. 9. 4. L. 33 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1. cf. L. 3 C. fam. ercisc. 3. 36. Als Grund dafür wird gewöhnlich der Umstand der Besitzlosigkeit angeführt (arg. L. 1 §. 15 D. cit. 47. 4), aber gewiß mit Unrecht. Es ist von Wächter im R. L. III S. 383 fg. und Unterholzner, Verjähr. I §. 65 in überzeugender Weise dargethan worden, daß der Grund zur Annahme eines besonderen Crimen nur in besonderen historischen Voraussetzungen (der alten usucapio pro herede) lag und daß vielmehr schon das spätere R. R. ganz entschieden ein Furtum an besitzlosen Sachen annimmt. Vgl. L. 41 pr. D. de furt. 47. 2 (vgl. L. 23 §. 1 D. de acq. poss. 41. 2. L. 12 §. 2 D. de capt. 49. 15. L. 19 D. quib. ex caus. 4. 6). L. 14 §. 14 D. eod. L. 1 §. 1 D. si is qui test. 47. 4. Nach österr. Recht ist trotz des Wortlauts des §. 171 Strafg. unbedenklich die Möglichkeit eines Diebstahls an Erbschaftssachen vor der Besitzergreifung von Seite des Erben anzunehmen, da es einerseits an einem besonderen crimen expilatae hereditatis fehlt, und andererseits auch das österr. Strafrecht ganz entschieden ein Furtum an besitzlosen Sachen annimmt (§. 306 Strafg.).

[16] L. 40 D. de usurp. 41. 3. Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri, constitutum est. L. 44 §. 3 eod. Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, si(ve) .... defunctus usucapere coeperat; sed haec jure singulari recepta sunt. L. 31 §. 5 D. eod. Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. L. 30 §. 5 D. eod. L. 6 §. 2. L. 2 §. 18 D. pro emt. 41. 4. In diesem Falle bringt die Zeit (nicht, wie Scheurl S. 91 meint, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers) den vorhandenen Eigenthumsstoff („das werdende Eigenthum") zur Reife: tempore acquiritur dominium. Vgl. Jhering, Geist des R. R. II S. 454. 455. Im Interesse des Erbvermögens, der Nachfolger (cf. L. 14 §. 1 D. de usurp. 41. 3 L. 13 §. 10 D. de acq. poss. 41. 2) und der Erbschaftsgläubiger wird diese singuläre Bestimmung

(Erſitzung ohne allen Beſitz) doch wohl auch nach öſterr. Recht gelten. Das Nähere in der Lehre von der Erſitzung. Vgl. vorläufig Ihering S. 252 fg. Köppen, die Erbſch. S. 61 fg. Syſtem S. 228 fg. Scheurl S. 22 fg. 89 fg. Arndts, Pandekt. §. 161 Anm. 3. Verſchieden von dieſem Fall, wo ſich die von dem Erblaſſer begonnene Erſitzung ſelbſt vollendet, iſt der Fall, wenn der beſitzergreifende Erbe in das Erſitzungsverhältniß ſeines Erblaſſers ſuccedirt (in usucapionem succedit L. 30 pr. D. ex quib. caus. 4. 6) und nunmehr ſelbſt die Erſitzung fortſetzt und vollendet: darüber unten §. 40 Anm. 5. Die Behauptung Köppen's, Erbſch. S. 66 fg. Syſtem § 2 Note 57, daß in einem ſolchen Fall der Erbe „nicht als Uſucapient ſondern nur als Erbe betrachtet werde" und daß „dem Erben in allen Beziehungen der Legatar gleichſtehe", iſt m. E. doch wohl nicht richtig. Vgl. auch Bangerow I (7. Aufl.) §. 322 Anm. 2. Windſcheid, Pandekt. §. 181. Arndts §. 161 Anm. 3.

[17] L. 1 § 15 D. si quis test. 47. 4 . . . . possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. Cf. L. 23 pr. L. 30 §. 5 D. de acq. poss. 41. 2. Vgl. Ihering S. 247 fg. Uber L. 88 D. de A. v. O. H. 29. 2 vgl. die ſcharfſinnige Interpretation von Ihering S. 249 fg.

[18] L. 77 D. de V. O. 45. 1. Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita. Daß während der hereditas jacens eine Mora nicht begründet wird (cf. L. 5 §. 20 D. ut in poss. 36. 4), erklärt ſich daraus, daß eine Interpellation derſelben nicht ſtattfinden kann (vgl. Mommſen, Beitr. III S. 55. 76 Note 6).

[19] L. 21 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5. Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat; ideoque nihil refert, an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit. L. 3 pr. §. 6 L. 22 pr. D. eod. Vgl. Köppen, Erbſch. S. 82 fg. Syſtem S. 217; doch hat bereits Schirmer Note 32 (gegen Köppen) mit Recht bemerkt, daß es ſich bei der Beurtheilung der Geſchäfte immer nur um dasjenige handeln könne, was für die Erbſchaft angemeſſen erſcheine.

[20] Vgl. Glück Bd. 33 S. 118 fg. Rudorff, Recht der Vormundſch. I §. 22. Koch II §. 807 Nr. VI. Uber die Befugniß des Erbſchaftscurators zu Prozeßführungen und Vergleichsabſchließungen: §. 129 a. E. Geſ. v. 9. Aug. 1854; vgl. auch Martin im Arch. f. prakt. R. W. Bd. 9 Nr. 12. Köppen, Syſtem S. 204. Seuffert, Pandekt. §. 564 Note 6. Namentlich iſt der Verlaſſenſchaftscurator nicht berechtigt, eine dem Verſtorbenen angefallene Erbſchaft anzutreten (Pfeifer S. 159. 160); wohl aber wird er für die Erbſchaft Beſitz erwerben können; vgl. Mühlenbruch S. 58 Note 85. Pfeifer S. 160. Schirmer Note 11. Unrichtig iſt m. E. die Schlußanordnung des ſächſ. Geſetzb. §. 2248.

[21] L. 22 D. usurp. 41. 3. Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. (Vgl. jedoch zu dieſer Stelle Köppen, Erbſch. S. 66. Syſtem §. 2 Note 57.) Basil. L. 3 c. 21. *Κληρονόμος καὶ κληρονομία ἓν πρόσωπον νομίζεται.* Cf. Nov. 48 praef. (oben §. 2 Anm. 9).

II. Die Berufung zur Erbfolge.

A. Die gewillkürte Erbfolge.

1. Begriff des Teſtaments [1].

§. 8.

Das Teſtament[2] iſt eine letztwillige Verfügung[3], welche die Ernennung eines Erben (Erbeinſetzung) enthält (§. 553)[a]. Als Erbeinſetzung erſcheint hienach (oben §. 2), unabhängig von den gebrauchten Ausdrücken[4], die Berufung einer Perſon zur Nachfolge[5] in die Geſammtheit des Nachlaſſes oder einen in Beziehung auf das Ganze beſtimmten Theil deſſelben[6].

Anm. [1] Über die Lehre vom Teſtament überhaupt vgl. Roßhirt, das teſtamentariſche Erbrecht. 2 Thle. 1840. Heimbach im R. L. X Art. Teſtament S. 713 . . . 1049.

[2] Über Etymologie und Bedeutung des Wortes testamentum vgl. Glück, Comment. Bd. 33 S. 316 fg. Heimbach S. 715. 716. Vering, röm. Erbr. S. 136 Note 2. Arndts §. 483. Übrigens wird der Ausdruck Teſtament auch in einem weiteren Sinn zur Bezeichnung letztwilliger Verfügungen überhaupt gebraucht; vgl. §. 577. (Auch in den röm. Quellen wird testari öfters im weiteren Sinn für „letztwillig verfügen“ genommen. Fein Bd. 44 S. 350 Note 47. S. 369 Note 87.)

[3] Über die engere (§. 552) und die öfter überſehene weitere Bedeutung (§. 542. 727. 728. 1254. 1487) des Ausdrucks „letzter Wille“ vgl. Syſtem II S. 42 Nr. 3: die Widerruflichkeit iſt nur eine regelmäßige Eigenſchaft, nicht ein weſentliches Merkmal der letztwilligen Verfügung. Vgl. Schröter in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 2 S. 107. Über den möglichen Inhalt eines Teſtaments (cf. L. 1 D. qui testam. fac. 28. 1) und über die Förmlichkeit reſp. Formloſigkeit letztwilliger vermögensrechtlicher (§. 552) und vormundſchaftlicher (z. B. §. 196) Anordnungen vgl. Fein Bd. 44 S. 3 fg. 22 fg. Bd. 45 S. 140 fg. Brinz §. 185.

[4] Dieſe Beſtimmung, wonach für die Frage, ob der Bedachte als Erbe oder Legatar zu betrachten ſei, der vom Erblaſſer gebrauchte Ausdruck irrelevant iſt (weſtgal. Geſetzb. II §. 346. 347) und es bloß auf den Gegenſtand ankömmt, in welchen zu ſuccediren der Honorirte berufen iſt, entſpricht der modernen Auffaſſung (Syſtem II §. 74 Note 27. Neuner, die heredis institutio S. 536 fg. 542 fg.), während nach R. R. der vom Erblaſſer gebrauchte Ausdruck heres (L. 15 C. de test. 6. 23) an ſich für die den Römern nicht bloß in vermögensrechtlicher Beziehung bedeutſame Erbenqualität entſcheidend iſt (Neuner S. 28 fg. 474 fg.) und daher die vom Erblaſſer gewollte Beſchränkung des Erben auf beſtimmte Gegen-

[a] L. 20 D. de codic. 29. 7. L. 14 C. de testam. 6. 23. L. 7 C. de codic. 6. 36.

stände, wenn überhaupt, so doch nur auf Umwegen erreicht wird. Hienach ist einerseits das „Vermächtniß" des ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theiles des Nachlasses als Erbeinsetzung, andererseits die „Erbeinsetzung" auf eine res certa in der Regel (Anm. 6) nur als Vermächtniß zu betrachten, womit den Schwierigkeiten und Verwicklungen der gemeinrechtlichen Institution ex re certa (Reuner, die heredis institutio ex re certa 1853. Vangerow II §. 449 Anm. 2. Arndts §. 493) in passender Weise ausgewichen und der wahre Wille des Erblassers unmittelbar zur Geltung gebracht wird. (Über die Behandlung der heredis institutio ex re certa bei Soldatentestamenten vgl. Mühlenbruch Bd. 42 S. 82 fg. Reuner S. 485 fg. Vangerow II S. 187.)

[5] Mit Unrecht behauptet Ellinger zu §. 553 in romanistreuer Weise, daß unter dem Erben in §. 533 nur der „direkte" Erbe (§. 604) zu verstehen sei: nach österr. Recht ist unzweifelhaft auch der fideicommissarische Erbe (§. 608 fg.), wenngleich der Reihenfolge nach nicht unmittelbarer Nachfolger (Nacherbe), so doch der Sache nach wahrer Erbe, nicht bloß heredis loco. Vgl. unten §. 20.

[6] Dies hat keine Schwierigkeit, wenn der zugewiesene Theil ein Bruchtheil (sog. aliquoter Theil) ist, da dieser die Beziehung auf das Ganze an sich trägt (§. 532). Es läßt sich jedoch eine wahre Erbeinsetzung auch in anderer Gestalt denken. Die praktisch wichtige Frage, ob der Berufene Erbe oder Legatar sei, ist nemlich immer nur eine Frage der Interpretation des erblasserischen Willens (arg. §. 556): es kömmt darauf an, ob der Erblasser die bestimmte Person zur Nachfolge in die Gesammtheit des Nachlasses und zur Fortsetzung seiner vermögensrechtlichen Herrschaft berufen wollte, oder ob er über sein Vermögen nur im Einzelnen, wenngleich über alle Bestandtheile desselben (§. 690), verfügen und die Bedachten mit ihren Ansprüchen an die (gesetzlichen) Erben als Onerirte verweisen wollte, aus deren Händen sie das ihnen Zugedachte empfangen sollen und deren Antheil durch solche Zuwendungen (delibationes hereditatis) geschmälert wird (L. 116 pr. D. de leg. I. Reuner S. 542 fg.). So ist eine wahre Erbeinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser zwei Personen zur Nachfolge beruft und der einen sein bewegliches Vermögen, der anderen sein unbewegliches Vermögen vermacht (System I §. 48 Note 53): diese beiden Personen sind ohne Zweifel zur Succession in die Gesammtheit des Vermögens, also zur eigentlichen Erbfolge, zur vermögensrechtlichen Repräsentation des Erblassers berufen, mithin wahre Erben (arg. §. 556 a. E. §. 612. Zeiller II S. 422. Reuner S. 547): wollte man sie nur als Legatare ansehen, so hätte man an den Intestaterben Gesammtnachfolger in — nichts! In diesem Fall ist dann allerdings auch nach österr. Recht eine Erbeinsetzung ex re certa vorhanden, da unter res certa auch ein Vermögenscomplex zu verstehen ist (L. 78 pr. D. de her. inst. 28. 5. L. 17 D. de test. mil. 29. 1. Reuner S. 13. 210 fg. 528 fg.); man wird jedoch nicht wie in der Regel nach röm. Recht (L. 9 §. 13. L. 10. 35. pr. §. 1. 2. L. 78 pr. D. de her. inst. 28. 5. L. 17 pr. D. de test. milit. 29. 1. Reuner S. 130 fg.) die ex re certa Instituirten als Erben zu gleichen Theilen betrachten dürfen, sondern sie vielmehr für Erben im Verhältniß der ihnen zugewiesenen Bestandtheile des Nachlasses zur Gesammtheit desselben zu halten haben (arg. §. 726; vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2169. 2170). Desgleichen ist eine wahre Erbeinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser erklärt, sein ganzes zu Geld

veranschlagtes Vermögen bestehe aus 20000 Fl., davon solle A 10000 und B 10000 Fl. haben: auch hier würde man dem Willen des Erblassers zuwider handeln, wenn man die gesetzlichen Erben als Gesammtnachfolger dazwischen schieben und jene Personen nur als Legatare betrachten wollte, während doch der Erblasser die aliquoten Theile nur in Gestalt des durch Berechnung ermittelten Quotienten aussprach; so daß die „Beziehung auf das Ganze" (§. 532. 535), die demonstratio certae partis hereditariae deutlich genug vorhanden ist und eine aus den Summen zu abstrahirende Quotentheilung der Erbschaft immerhin angenommen werden darf (vgl. auch Vangerow II S. 178. Neuner S. 139. 362. 363. 520. 531. 532): dies zeigt sich praktisch wichtig für den Fall, daß der Erblasser in der Veranschlagung des Werths seines Vermögens sich geirrt hätte. Aber selbst dann ist eine wahre Erbeinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser erklärt, sein Vermögen bestehe aus 20000 Fl., B solle 1000 Fl. bekommen, das „Übrige", der „Rest" per 19000 Fl. solle dem A gehören: hier ist A zur successio in universum jus berufen und nur mit einem Vermächtniß zu Gunsten des B beschwert (vgl. auch Neuner S. 534 fg.). Oder steht es in diesem Fall etwa anders, als wenn der Erblasser die einzelnen Bestandtheile seines Vermögens aufgezählt und sie alle mit einander, jedoch mit Ausnahme der dem B zu gebenden Uhr, dem A vermacht hätte (arg. §. 556), oder wenn er sein Vermögen auf 20000 Fl. beziffert und diese „Summe" (§. 535) mit Abzug von 300 Fl., die B erhalten solle, dem A zugewendet hätte? In allen diesen Fällen verfügt der Erblasser über sein Vermögen als Ganzes. (Zu den Schlußworten des §. 556 vgl. L. 10 C. comm. utr. 3. 38.) Aus dem gleichen Grund ist der A als Erbe zu betrachten, wenn ihn der Erblasser auf sein Haus einsetzt, welches „sein ganzes Vermögen ausmacht" (unrichtig Füger, Erbr. I S. 2 Note **); cf. L. 19 §. 2 D. de castr. pec. 49. 17. Neuner S. 23 fg. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2182 fg. Hieße es dagegen: A soll mein Erbe sein und mein Haus bekommen, so wäre A doch nicht, wie Winiwarter III S. 48. 49 meint, als Universalerbe, sondern als Legatar zu betrachten, da die Eingangsworte nur die Absicht, den A zu honoriren aussprechen, das Objekt der Honorirung aber für den Charakter der Zuwendung maßgebend ist. — Wird umgekehrt jemand mit Ausnahme eines gewissen Gegenstandes (excepta certa re) zum Erben eingesetzt, so liegt hierin ein stillschweigendes Vermächtniß zu Gunsten der Miterben oder der Intestaterben, cf. L. 74 D. de her. inst. 28. 5. L. 86 pr. D. de leg. II. Neuner S. 37 fg. 67 fg. 93 fg. 382 fg. Vangerow II S. 186. Sächs. Gesetzb. §. 2172.

2. Fähigkeit zur Testamentserrichtung.

§. 9.

Die Fähigkeit zu testiren (sog. testamenti factio activa[a]), welche zur Zeit der Errichtung des Testamentes vorhanden sein muß[b], steht in der Regel jedermann zu[1]. Unfähig zu testiren sind

[a] L. 4 D. qui testamentum facere possunt 28. 1. L. 1 pr. D. de test. milit. 29. 1. L. 1 §. 1 D. de tut. act. 27. 3. cf. L. 16 D. h. t. 28. 1. §. 4 I. de her. qual. 2. 19.
[b] L. 4. 19 D. h. t. 28. 1. L. 1 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11.

1) Unmündige[c]; Minderjährige, welche das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, können ihren letzten Willen nur vor Gericht[d] zu Protokoll erklären (§. 569)[2]; 2) Willensunfähige, insbesondere Wahnsinnige, außer in lichten Zwischenräumen[e] (§. 567)[3], und Willenlose, so lange dieser Zustand dauert (§. 566)[f]; 3) gerichtlich erklärte Verschwender[g], jedoch nur in Ansehung der einen ihren gesetzlichen Erben vorbehaltenen Hälfte ihres Vermögens (§. 568)[4]; 4) diejenigen, welche wegen körperlichen Gebrechens nicht im Stande sind, ihren Willen verständlich zu erklären[h]; 5) in der Regel Ordenspersonen (§. 573)[5]; 6) Deserteure[i] vom Tage ihrer Entweichung bis zu ihrer Stellung oder Einlieferung[k].

Anm. [1] Auf die Überzeugung des Testators von seiner Testirfähigkeit kommt nach österr. Recht nichts an. System II §. 77 Note 26. In Ansehung des röm. Rechts vgl. L. 14. 15 D. h. t. 28. 1. L. 1 pr. de leg. III (Glück Bd. 33 S. 348. Köppen, System S. 83), ferner L. 11 §. 1 D. de test. milit. 29. 1. L. 9 D. de jure codic. 29. 7 (Mühlenbruch Bd. 42 S. 39 fg. Fein Bd. 44 S. 34 fg.). — Auffallend und ungerechtfertigt ist die gesetzliche Anführung des „wesentlichen Irrthums" des Erblassers (§. 570 fg.) unter den „Ursachen der Unfähigkeit zu testiren" (§. 566 . . . 574).

[2] Competent ist jedes zur Aufnahme letztwilliger Anordnungen befugte Gericht (System II §. 86 Note 13), nicht etwa bloß die ordentliche Personalinstanz des Minderjährigen, wie Nippel IV S. 93. 94 behauptet; aber auch nur das Gericht, nicht auch der Notar, §. 60 Not.-Ordn. 21. Mai 1855. §. 569 schreibt dem Gericht zwar eine causae cognitio vor, gibt ihm aber nicht das Recht, die protokollarische Aufnahme der letztwilligen Erklärung zu verweigern, wie Zeiller II S. 442. 443 behauptet, gegen den sich mit Recht die meisten übrigen Schriftsteller erklärt haben: Nippel IV S. 94. 95. Ellinger zu §. 569. Stubenrauch II S. 314. 315. — Die Vorschrift des §. 569 ist dem preuß. Landr. I 12 §. 17 entlehnt; nach dem westgal. Gesetzb. II §. 365 sollten Minderjährige vom 14. bis 18. Jahre nur mit Genehmigung der Obervormundschaft oder ihrer Eltern testiren können.

[3] Über Inhalt und Fassung des §. 567 (vgl. westgal. Gesetzb. II §. 364; zum Theil die entgegengesetzte Bestimmung enthält das A. L. R. I 12 §. 20 . . . 22) vgl. System II §. 76 Note 8. §. 123 Note 23. §. 130 Note 40; über die in diesem Falle zulässigen Beweismittel vgl. Dierl im Jurist. Bd. 5 S. 349 fg. — Samml. Nr. 419.

[c] L. 5 D. h. t. §. 1 I. quibus non est permissum 2. 12. L. 1 §. 1 D. cit. 27. 3. L. 4 C. qui test. fac. 6. 22. [d] Vgl §. 60 Not.-Ordn. 21. Mai 1855. [e] §. 1 I. cit. 2. 12. L. 16 §. 1 D. h. t. 28. 1. L. 2 §. 3 D. de jure codic. 29. 7. L. 5 C. eod. 6. 36. L. 9 C. h. t. 6. 22. [f] L. 2. 17. D. h. t. L. 3 pr. C. h. t. System II §. 76 Note 9. 10. [g] System II §. 76 Note 39. [h] System II §. 76 Nr. III. Westgal. Gesetzb. II §, 366. [i] Milit. Strafgesetzb. §. 208 lit. a.

[4] Die Testirunfähigkeit der Verschwender im röm. Recht (L. 18 pr. D. h. t. §. 2 I. h. t. Glück Bd. 33 S. 377 fg. Vangerow II S. 84), wofür der Wiener Heineccius I S. 335. 336 wunderliche Gründe anführt, erklärt sich aus der älteren Form des Mancipationstestaments (Ulp. Fragm. XX 13), entspricht aber gewiß nicht der veränderten Auffassung (Glück S. 338). Manche neuere Gesetzgebungen lassen daher den Verschwender entweder ganz unbeschränkt (z. B. der hessische Entw. Motive S. 53. 54), oder doch, wie auch noch das westgal. Gesetzb. II §. 369, mit Zustimmung der Curatelsbehörde testiren (z. B. das zürch. Gesetzb. §. 2055), wogegen das sächs. Gesetzb. §. 2072 sie wieder für testirunfähig erklärt. Die Bestimmung des bürg. Gesetzb. ist dem preuß. Landr. I 12 §. 27 fg. entlehnt, in ihrer sonderbaren Tendenz und prinziplosen Halbheit jedoch hier wie dort gewiß nicht zu rechtfertigen; vgl. auch Gans, Beiträge zur Revision der preuß. Gesetzgeb. I Nr. 11. — Die Vorschrift des §. 568 tritt auch dann ein, wenn der Verschwender seine Intestaterben in willkürlichen Antheilen zum ganzen Nachlaß berufen hätte; vgl. A. L. R. I 12 §. 28. Hat der Verschwender keine gesetzlichen Erben, so kann er unbeschränkt verfügen, arg. §. 568. 700; willkürlich ist die entgegengesetzte Behauptung Ellinger's zu §. 568; dagegen auch Winiwarter III S. 64. Stubenrauch II S. 312. Füger, Erbr. I S. 129. Auf physisch Großjährige, in Ansehung derer die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt wegen Verschwendung verlängert wurde (§. 173. 251), ist gleichwohl §. 568 nicht anzuwenden. Stubenrauch II S. 312. Samml. Nr. 575.

[5] Die Ausnahmen bei Stubenrauch II S. 320 fg. Michel II. Nr. 1008 . . . 1013; ferner im (seither gekündeten) Concordat Art. 21 und dazu die Ministerial-Verordnung v. 7. Febr. 1859 (R. G. Bl. Nr. 33). — Während nach canonischem Recht (c. 2 X de test. 3. 26) die Testirunfähigkeit der Ordenspersonen aus ihrer Unfähigkeit, eigenes Vermögen zu haben, folgt, ist sie nach österr. Recht nur die Folge ihrer Dispositionsunfähigkeit; Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 182; vgl. oben §. 3 Anm. 2.

[6] Die Testirunfähigkeit der unbefugt Ausgewanderten besteht nicht mehr (§. 5 Anm. 6). Die Testirunfähigkeit der Verbrecher (§. 574. Strafges. §. 27. lit. b. §. 224) ist passender Weise (System I §. 33 Note 6. VI 1. Aufl. §. 9 Anm. 6) in neuester Zeit aufgehoben worden. Ges. 15. Nov. 1867 §. 5. 9.

3. Form des Testaments.

a) Privattestamente.

α) Ordentliche Form.

§. 10.

Ein Testament kann durch schriftlichen oder mündlichen Privatakt errichtet werden (§. 577). 1) Wenn der Erblasser das Testament eigenhändig schreibt und unterschreibt (sog. testamentum holographum), so bedarf es zur Errichtung desselben keiner weiteren Förm-

lichkeit (§. 578)[1]. Hat der Erblasser das Testament nicht selbst geschrieben[2] (sog. testamentum allographum), so muß er es eigenhändig unterschreiben[3] und die Urkunde drei Zeugen, von denen wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein müssen, mit der Erklärung, daß sie seinen letzten Willen enthalte[4], zur Unterfertigung vorlegen, welche auf der Urkunde selbst erfolgen[5] und die Eigenschaft der Unterschriebenen als Zeugen des letzten Willens ersichtlich machen muß[6] (§. 579). Kann der Erblasser nicht schreiben, so muß er überdies in Gegenwart aller drei Zeugen, von denen einer vorsichtshalber den Namen des Erblassers beifügen mag, sein Handzeichen eigenhändig beisetzen (§. 580)[7]. Kann der Erblasser nicht lesen, so muß die Urkunde von einem der Zeugen in Gegenwart der andern, welche ihren Inhalt eingesehen haben, dem Erblasser vorgelesen, von ihm als sein Testament anerkannt und hierauf von den Zeugen unterschrieben werden (§. 581)[8]. Das Testament kann auf beliebigem Material[a] und in welcher Sprache und Schrift immer, nur nicht in hebräischer oder jüdischer[b], errichtet werden[9]. 2) Zur Errichtung eines mündlichen Testamentes (sog. testamentum nuncupativum §. 584) ist erforderlich (§. 585), daß der Erblasser vor drei Zeugen, welche zugleich gegenwärtig und im Stande sein müssen, den Erblasser wahrzunehmen[c], seinen letzten Willen vernehmlich und verständlich[d] erkläre[10], worauf derselbe von den Zeugen zur Unterstützung ihres Gedächtnisses[11] schriftlich aufgezeichnet werden mag (sog. testamentum nuncupativum in scripturam redactum)[12].

Die Zeugen, zu denen auch der Schreiber des Testaments gehören kann (§. 581. 598)[e], müssen zur Zeit der Testamentserrichtung fähig[f], zum Testamentszeugniß aufgefordert[g] und zur Leistung desselben bereitwillig[h] sein[13]. Absolut unfähig zum Testamentszeugniß sind (§. 591. 592): 1) Aus natürlichen Gründen Sinnlose[i], Blinde, Taube, Stumme[k] und der Sprache des Erblassers[l] Unkun-

[a] §. 12 I. de testam. ordin. 2. 10. L. 1 pr. L. 4 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 15 C. de test. 6. 23. [b] Hftzldkrt 22. Okt. 1814. Anhang Nr. 52. [c] L. 9 C. h. t. 6. 23. cf. L. 22 §. 6 D. qui testam. fac. 28. 1. [d] §. 14 I. de testam. ordin. 2. 10. L. 21 pr. D. qui testam. fac. 28. 1. L. 21 §. 2 L. 26. 29. C. h. t. 6. 23. [e] L. 27 D. qui test. fac. 28. 1. [f] L. 22 §. 1 D. cit. 28. 1. [g] L. 21 §. 2 D. cit. 28. 1. L. 21 pr. C. de test. 6. 23. [h] L. 20 §. 10 D. cit. 28. 1. [i] L. 20 §. 4 D. h. t. 28. 1. §. 6 I. de test. ordin. 2. 10. [k] §. 6 I. cit. [l] cf. L. 20 §. 9 D. h. t.

dige[14]; 2) Jünglinge unter achtzehn Jahren; 3) Frauenspersonen[15]; 4) Ordensgeistliche; 5) wegen eines aus Gewinnsucht hervorgegangenen Verbrechens Verurtheilte[16]. Relativ unfähig zum Testamentszeugniß[17], jedoch nur rücksichtlich des ihnen Zugedachten, sind: 1) Die in der letztwilligen Verfügung Bedachten, Erben wie Vermächtnißnehmer[m], und gewisse in näherer Verbindung mit ihnen stehende Personen (§. 564)[18]; 2) der Schreiber einer letztwilligen Verfügung und gewisse mit ihm verbundene Personen in Ansehung des ihnen selbst[n] zugewendeten Vortheils (§. 595)[19].

Anm. [1] Auch die Beisetzung des Datums, welche sammt der Siegelung noch das westgal. Gesetzb. II §. 373 vorschrieb, ist nur räthlich, nicht nöthig, §. 578. (Eine ebenso freie Form für holographe Testamente hatte schon Kaiser Valentinian III, Nov. Valent. tit. XX, für das weströmische Reich 446 eingeführt, sie blieb jedoch für das justinianische Recht ohne Bedeutung, da die valentinianischen Novellen im Osten nicht zur Publikation gelangten. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 310. 311.) Zur Unterschrift, welche die Bedeutung der Solennisirung der Testamentsurkunde hat, genügt die Unterfertigung des Familiennamens, während das westgal. Gesetzb. II §. 373 auch die Beifügung des Vornamens verlangte. Namensfertigungen in jüdischer oder hebräischer Schrift gelten als bloße Handzeichen. Hfkzldkrt 4. März 1846, Anhang Nr. 53. Die Unterschrift muß am Ende der Testamentsurkunde beigesetzt werden: selbst die Anführung des Namens des Erblassers im Context der Urkunde genügt nicht. Sollten nur einzelne Theile derselben z. B. einzelne Blattseiten oder Anordnungen vom Erblasser unterschrieben worden sein, so ist es quaestio facti, ob, soweit die Unterschrift reicht, eine gültige letztwillige Verfügung vorhanden oder ob die ganze Anordnung als imperfekt zu betrachten sei, da alles darauf ankömmt, ob der Testator durch die Unterfertigung einzelner Theile dieselben zu abgeschlossenen für sich bestehenden Erklärungen erheben wollte oder ob er sie nach wie vor als integrirende Theile eines unvollendet gebliebenen Ganzen ansah: im Zweifel ist das Letztere anzunehmen. Zu allgemein drücken sich in dieser Beziehung Stubenrauch II S. 330 und Füger, Erbr. II S. 6 fg. aus, indem Ersterer ganz allgemein die Gültigkeit, Letzterer die durchgängige Ungültigkeit der unterfertigten Theile behauptet. Vgl. Samml. Nr. 563.

[2] Der Erblasser kann das Testament von wem immer schreiben lassen (cf. L. 28 D. qui testam. 28. 1. L. 21 pr. C. de test. 6. 23); insbesondere können auch Geistliche als Testamentsschreiber (testamentarii) verwendet werden, da die Hfdkrte v. 4. Sept. 1771 und 20. März 1785, welche das von einem Geistlichen niedergeschriebene Testament für ungültig erklärten, nicht mehr zu Recht bestehen, arg. Kundmachungspatent Abs. IV. Rippel IV S. 118, 119. Winiwarter III S. 86.

[m] cf. §. 10. 11 I. h. t. 2. 10. L. 20 pr. D. h. t. 28. 1. L. 14 D. de reb. dub. 34. 5. L. 22 C. h. t. 6. 23. [n] L. 1 D. de his quae pro non scriptis 34. 8. L. 1 §. 7 L. 14 pr. L. 15 pr. §. 2. 3. L. 22 §. 6. 7. 8. 9. 11. L. 28 §. 1 D. de leg. Corn. 48. 10. L. 3. 6 C. de his qui sibi 9. 23.

Stubenrauch II S. 335. 336. Füger, Erbr. II S. 40; a. M. Ellinger zu §. 581 mit unrichtiger Berufung auf Abſ. VIII des Kundmachungspatents.

[3] Obwohl die Unterfertigung des Teſtators auch hier zur Solenniſirung der Teſtamentsurkunde gehört, ſo braucht ſie doch nicht, wie nach röm. Recht (L. 21 pr. C. de test. 6. 23), in Gegenwart der Zeugen zu geſchehen (§. 579), muß aber auf alle Fälle ſchon vor der Unterfertigung der letzteren vollzogen ſein (arg. §. 579 „ferner"; L. 21 pr. cit. ‚quo facto' Glück Bd. 34 S. 466 fg.). Willkürlich und auf unrichtigen Vorausſetzungen beruhend (Anm. 9) iſt die Behauptung Füger's, Erbr. II S. 32, daß der Erblaſſer in Gegenwart der Zeugen unterſchreiben oder ihnen die Verſicherung, daß er unterſchrieben habe, geben müſſe.

[4] Dieſe Erklärung, welche die Nuncupation des heutigen Rechts iſt (cf. Ulp. XX 9. Gaj. II 104. 149), muß vom Erblaſſer ſelbſt, wenngleich auf Befragen (Samml. Nr. 428. 478), jedoch in beſtimmter Weiſe abgegeben werden (Samml. Nr. 93 vgl. Nr. 562); über den Beweis ihrer Abgabe vgl. Samml. Nr. 281. — Der Inhalt des Teſtaments braucht den Zeugen nicht mitgetheilt zu werden, §. 579 (cf. L. 21 pr. C. cit. 6. 23); ebenſowenig muß die Urkunde in ihrer Gegenwart vom Teſtator durchgeleſen werden, wie dies noch das weſtgal. Geſetzb. II §. 375. 376 vorſchrieb. — Charakteriſtiſch für ihre Zeit iſt die Äußerung des Wiener Heineccius S. 321: „In Öſterreich iſt zu einem ſchriftlichen oder mündlichen Teſtamente, was die äußeren Feierlichkeiten betrifft, nichts erforderlich, als daß der Erblaſſer die Vorſchriften des Naturrechts beobachte. Daher gilt bei uns ein Teſtament, welches vor zwei Zeugen errichtet worden iſt, wenn dieſe auch Weibsperſonen ſind."

[5] Die Unterfertigung der Zeugen, welche als zur Vollendung des Teſtiraktes gehörend in Gegenwart des Erblaſſers (cf. L. 12 C. cit. 6. 23. Glück Bd. 34 S. 292. 293) und daher jedenfalls noch vor ſeinem Tode erfolgen muß (Puchta Vorleſ. II S. 388. Mühlenbruch Bd. 42 S. 270; unrichtig Füger, Erbr. II S. 39), kann auf jedem Platz der Urkunde, jedoch mit gutem Grund nicht (wie nach gemeinem Recht, Glück Bd. 34 S. 454 fg. Bangerow II S. 171) auf dem Umſchlag derſelben angebracht werden; §. 579. Syſtem I §. 13 Note 19. In Anſehung der Unterſchrift der Zeugen gilt das Anm. 1 Bemerkte; insbeſondere iſt es ſowohl in Anſehung der Zeugen als des Erblaſſers unzuläſſig, mit geführter Hand zu unterſchreiben, da ſie ihren Namen ſelbſt und „eigenhändig" beiſetzen ſollen. Cf. L. 30 D. qui test. fac. 28. 1. Glück Bd. 34 S. 418. 480.

[6] Die Zeugen müſſen ſich „als Zeugen des letzten Willens" oder „als Teſtamentszeugen" unterſchreiben. Winiwarter III S. 82. Ellinger zu §. 579. Selbſt die Unterfertigung „als Zeuge" ſchlechthin dürfte nicht genügen; arg. §. 579, weſtgal. Geſetzb. II §. 377 (a. M. Nippel IV S. 114. Stubenrauch II S. 335); vollends ungenügend wäre die bloße Namensunterſchrift oder die Hinzufügung einer anderweitigen Qualität des Zeugen (a. M. Füger, Erbr. II S. 33 fg.) — Iſt das Teſtament zum Theil vom Erblaſſer, zum Theil von einem Dritten geſchrieben und nur vom Erblaſſer unterſchrieben, ſo iſt es quaestio facti, ob die Anordnung zum Theil gültig oder ob die ganze Anordnung imperfekt ſei; im Zweifel iſt letzteres anzunehmen, da die Urkunde ein Ganzes bildet und bei der vorauszuſetzenden Rechtskenntniß des Erblaſſers nur für einen Entwurf ſeines Teſtaments zu halten iſt. Vgl. auch Füger, Erbr. II S. 5. 6; a. M. Ellinger zu §. 579. Stubenrauch II S. 329.

[7] Es wird hierbei vorausgesetzt, daß der Erblasser überhaupt oder doch zur Zeit der Testamentserrichtung nicht schreiben kann, aus Unkunde oder aus physischem Unvermögen, nicht etwa bloß daß er nicht schreiben will. Rippel IV S. 111. Bangerow II S. 169. Könnte der Erblasser aus physischem Unvermögen (cf. L. 10 D. qui test. fac. 28, 1) nicht einmal sein Handzeichen beisetzen, so müßte er mündlich testiren (§. 584), wodurch aber freilich für ihn nicht so zweckmäßig gesorgt ist, wie nach gem. Recht, welches die Zuziehung eines besonderen anstatt des Testators unterzeichnenden Zeugen (octavus subscriptor) vorschreibt. L. 21 pr. C. cit. 6. 23. Da die Namensunterfertigung in hebräischer oder jüdischer Schrift bloß als Beisetzung eines Handzeichens gilt (Anm. 1), so ist auch in solchem Fall die Vorschrift des §. 580 zu beobachten. Die Anordnung der Beisetzung des Handzeichens „in Gegenwart aller drei Zeugen" (§. 580) erklärt sich aus der Nothwendigkeit der Constatirung des Umstandes, daß das Handzeichen wirklich vom Erblasser herrühre.

[8] Diese Vorschrift gilt nicht nur für den Fall, daß jemand aus physischem Unvermögen nicht lesen kann, sondern (abweichend vom gem. Recht, Glück Bd. 34 S. 47 fg. Bangerow II S. 171) zweckmäßiger Weise auch für den Fall, daß der Erblasser aus Unkunde nicht lesen kann (Illiteratus, Analphabeth). Übrigens kann der Blinde nach österr. Recht auch ein mündliches Testament in gewöhnlicher Form errichten. Über das Testament der Blinden nach gem. Recht: L. 8 C. qui test. fac. 6. 22. Glück Bd. 34 S. 26 fg. Heimbach S. 832 fg. Auch im Fall des §. 581 hat der des Lesens unfähige Erblasser seine Unterschrift oder sein Handzeichen beizufügen, wie dies auch gewöhnlich behauptet wird (Rippel IV S. 119. Winiwarter III S. 85. Ellinger zu §. 581. Stubenrauch II S. 337), da nur durch die Unterzeichnung der Wille des Erblassers constatirt wird, daß die Urkunde als die Erklärung seines letzten Willens gelten solle: §. 581 setzt überhaupt stillschweigend die Beobachtung aller sonstigen Förmlichkeiten voraus.

[9] Die Errichtung eines Testaments in Zeichenschrift ist doch wohl unzulässig. L. 6 §. 2 D. de B. P. 37. 1. Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas literas non esse Pedius . . . scribit. cf. cf. L. 40 pr. D. de test. mil. 29. 1. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2036. Der Gültigkeit des Testaments schadet es nicht, daß darin etwas durchstrichen oder überschrieben ist; L. 12 C. h. t. 6. 23. Über Änderungen, welche erst nach Solennisirung des Testaments vorgenommen werden, vgl. L. 21 §. 1 D. qui test. fac. 28. 1. — Ganz ungehörig ist die öfters behauptete Beziehung der Vorschriften des Prozeßrechts über die Errichtung brieflicher Urkunden (A. G. O. §. 115. ungar. C. P. O. §. 130) auf die Form letztwilliger Verfügungen (Rippel IV S. 114. 115. Ellinger zu §. 583. Stubenrauch II. S. 330 fg. Füger, Erbr. II S. 13 fg.): dort handelt es sich um Beweisurkunden, hier um Dispositivurkunden; die Vorschriften über die bei letzteren zu beobachtenden Solennitäten sind lediglich aus dem materiellen Recht zu entlehnen. Winiwarter III S. 80. Kalessa im Jurist. B. I S. 18 fg. Tschulik ebda Bd. 8 S. 387 fg.

[10] Es würde nicht genügen, wie Rippel IV S. 123. 124 und Füger, Erbr. II S. 48, 40 meinen, wenn der Erblasser einen von ihm selbst oder von einem Andern geschriebenen Aufsatz von einem Dritten vorlesen ließe und denselben als seinem

Willen gemäß beſtätigen würde; Stellen der Note d; vergl. auch Stubenrauch II S. 343. Mühlenbruch Bd. 35 S. 27. — Es verſteht ſich übrigens wohl von ſelbſt, daß auch nach öſterr. Recht die Errichtung des Teſtaments ohne weſentliche Unterbrechung der Handlung (L. 28 pr. C. h. t. 6. 23. L. 21 §. 3 D. qui test. fac. 28. 1) vor ſich gehen muß. — Im weſtgal. Geſetzb. II §. 379 hieß es noch mit Unrecht, daß die Zeugen den Erblaſſer „von Perſon kennen" müſſen. — Stumme und Taubſtumme, welche nicht ſchreiben können, können ihren letzten Willen vor ſolchen Zeugen, welche ihre Zeichenſprache verſtehen, oder vor Gericht mit Zuziehung eines Dolmetſchers errichten; arg. §. 63 Not.-Ord. 21. Mai 1855. Winiwarter III S. 85. Stubenrauch II S. 338.

[11] Hierin beſteht ein erheblicher Unterſchied des öſterr. Rechts (§. 585. 586) vom gem. Recht, indem nach letzterem die ſchriftliche Aufzeichnung des Beweiſes halber erfolgt, da eine ſolche über das mündlich errichtete Teſtament von den Zeugen privatim errichtete und unterſchriebene Urkunde gewöhnlich für beweismachend gehalten wird (Mühlenbruch Bd. 35 S. 6 fg. Arndts §. 485. 532), wogegen ſich jedoch mit Recht Sintenis, Civilr. Bd. 3 §. 190 Nr. 8 und Heimbach S. 792 erklärt haben.

[12] Ein ungültiges ſchriftliches Teſtament kann nur dann als mündliches aufrecht erhalten werden, wenn der Teſtator beide Teſtamentsformen zu größerer Sicherheit miteinander verbinden wollte und den Erforderniſſen des mündlichen Teſtaments entſprochen hat. Vergl. auch Mühlenbruch B. 35 S. 29 fg. Ein beabſichtigtes ſchriftliches Teſtament als mündliches aufrecht zu halten (Samml. Nr. 44), erſcheint daher als durchaus unzuläſſig (Mühlenbruch Bd. 38 S. 404 fg. Stubenrauch II S. 367; a. M. Füger II S. 49 fg.), ganz abgeſehen davon, daß die Zeugen beim mündlichen Teſtament die Erklärung des letzten Willens entgegennehmen, während ſie dieſelbe beim Diktiren des ſchriftlichen Teſtaments höchſtens zufällig hören und erſt von einem ſpäteren Moment an (§. 579) als Solennitätszeugen fungiren. (Ganz unpaſſend wäre es, die auf durchaus anderen Vorausſetzungen beruhende Beſtimmung der L. 3. 40 pr. D. de test. mil. 29. 1. Mühlenbruch Bd. 42 S. 60 fg. zur Widerlegung der hier vertheidigten Anſicht herbeiziehen zu wollen.) Anders müßte man entſcheiden, wenn der Erblaſſer ſein Teſtament eigenhändig geſchrieben und unterſchrieben und nun daſſelbe dennoch drei Zeugen zur Unterſchrift vorgelegt hätte: ſollte dieſe nicht gehörig erfolgt oder einer der Zeugen unfähig geweſen ſein, ſo müßte das Teſtament immerhin als holographes aufrecht erhalten werden, es würde denn bewieſen, daß der Erblaſſer den Rechtsbeſtand ſeiner Dispoſition an die Solenniſirung des Teſtaments durch die Zeugen knüpfen wollte. Mühlenbruch Bd. 36 S. 408 fg. Vangerow II S. 120.

[13] Die Teſtamentszeugen ſind Solennitätszeugen (Syſtem II §. 90 Note 13); inſofern ſie ſpäter als Beweiszeugen gebraucht werden ſollen (vgl. §. 586), müſſen ſie natürlich zu dieſer Zeit die hierzu erforderliche Eigenſchaft haben. Glück Bd. 34 S. 339. 340. Vangerow II S. 165. Daß dieſelben auch nach öſterr. Recht (§. 579. 585) zur Entgegennahme der Erklärung des Erblaſſers aufgefordert werden, alſo in dieſem natürlichen Sinne zur Zeugnißleiſtung rogirt ſein müſſen (cf. L. 21 §. 2 D. cit. 28. 1. L. 24 D. de test. mil. 29. 1. §. 1 I. de mil. test. 2. 11. L. 26 C. de test. 6. 23. L. 8. §. 3 C. de codic. 6. 36. Glück Bd. 34 S. 33. 287

fg. Bd. 35 S. 28. Fein Bd. 44 S. 420 fg.), ist wohl nicht zu bezweifeln; vgl. auch Winiwarter III S. 81. 82.

[14] Blinde sind auch bei einem mündlichen (§. 585), Stumme und Taube auch bei einem schriftlichen Testament unfähige Zeugen. (Gemeinrechtlich ist die erstere Frage bekanntlich lebhaft bestritten. Glück Bd. 34 S. 295 fg. Bangerow II S. 161. 162. Arndts §. 486 Anm. 4. Heimbach S. 760 fg.) Dagegen ist nach österr. Recht (anders nach R. R. L. 18 pr. D. h. t. 28. 1, dem das sächs. Gesetzb. §. 2102 folgt) der Verschwender mit Recht nicht unfähig zum Testamentszeugniß. System II §. 76 Note 39. — Nach dem westgal. Gesetzb. II §. 386 waren im Einklang mit dem R. R. (Note 1) der Sprache des Erblassers Unkundige nur vom Zeugniß bei mündlichen Testamenten ausgeschlossen: wie sollen sie aber die Erklärung des Erblassers, daß das schriftliche Testament seinen letzten Willen enthalte (§. 579), verstehen? Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2104.

[15] Die unrichtige Textirung des §. 591 („Jünglinge und Frauenspersonen unter 18 Jahren") wurde schon durch Hfdkrt v. 2. Okt. 1812 (Michel II Nr. 1022) und im Abdruck der J. G. S. verbessert. Übrigens enthielt schon das westgal. Gesetzb. II §. 391 dieselbe Bestimmung. Über den Grund der (wohl nicht mehr zeitgemäßen) Unfähigkeit von Frauenspersonen zum Testamentszeugniß (§. 6 I cit. L. 20 §. 6 D. h. t.) vgl. Fein Bd. 44 S. 434 fg. 440 fg; ganz unhaltbar ist der hin und wieder (z. B. von Stubenrauch II S. 354. 355) angegebene Grund, daß Frauenspersonen „nicht die gehörige Fähigkeit besitzen, Rechtsgeschäfte zu beurtheilen und daher auch denselben ohnehin nicht als Zeugen beigezogen zu werden pflegen": kommt es denn bei dem Testamentszeugniß auf Beurtheilung des Rechtsgeschäfts an und können denn Frauen nicht selbst ohne Rechtsbeistand ein Testament errichten?

[16] Der noch so entschuldbare Irrthum des Erblassers über die Qualität eines Zeugen macht den unfähigen nicht zum fähigen. System II §. 77 Note 23. (Über die im röm. Recht [L. 1 C. h. t. 6. 23. §. 6 I. h. t. 2. 10] gemachte Ausnahme und deren Umfang vgl. Glück Bd. 34 S. 341 fg. Bangerow II S. 165. Arndts §. 486 Anm. 6.) Daher erscheint aber die gefahrvolle Bestimmung des §. 592 vom legislativen Standpunkt aus um so weniger empfehlenswerth. Es ist zweifelhaft, ob §. 6 Abs. 4 der Strafnovelle v. 15. Nov. 1867 auch auf §. 592 anwendbar sei: ich bin geneigt, diese Frage zu bejahen, da mit Ablauf der Frist von 10, 5, 3 Jahren der bestrafte Verbrecher wieder in den Kreis der normalen Vertrauenswürdigkeit zurücktritt und seine Infamie (System I §. 32) erloschen ist.

[17] Die Unfähigkeit der Nichtchristen zum Zeugniß bei letztwilligen Verfügungen eines Christen (§. 593. Not.-Ordn. 21. Mai 1855 §. 59) ist durch Verordnung v. 6. Jänner 1860 (R. G. Bl. Nr. 9) mit Recht aufgehoben worden.

[18] Der leitende Gedanke des österr. Rechts (arg. §. 596 „Unbefangenheit"; über das gem. Recht vgl. Glück Bd. 34 S. 343 fg. Fein Bd. 44 S. 455 fg.) ist, daß niemand in eigener Sache Zeuge, Beweiszeuge (L. 10 D. de test. 22. 5) oder Solennitätszeuge, sein solle; daher sind einerseits auch die Legatare und gewisse mit dem Bedachten in näherer Verbindung stehende Personen vom Zeugniß ausgeschlossen, und ist andererseits die Unfähigkeit hiezu lediglich auf die den Bedachten selbst betreffende Verfügung beschränkt (vgl. Stubenrauch II S. 359 Nr. lit. b gegen

Winiwarter III S. 100, dem Füger II S. 74 fg. beistimmt) und diese gültig, wenn sie vom Erblasser eigenhändig geschrieben (§. 578) oder von drei anderen fähigen, wenngleich selbst bedachten, Zeugen bestätigt ist: §. 594 (dessen Schlußworte Füger II. S. 74 mißversteht); vgl. westgal. Gesetzb. II §. 389. 390. — Nach österr. Recht sind auch die in der väterlichen Gewalt des Erblassers befindlichen Kinder fähige Testamentszeugen (cf. §. 9 I. h. t. 2. 10.)

[19] Diese Vorschrift, welche gleich dem Sc. Libonianum (Vangerow II §. 433 Anm. 2. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 273 fg. 293 fg. Keller, Grundr. §. 343 Nr. I) die Tendenz hat, die Gewißheit des Willens des Erblassers zu sichern (§. 595 „außer Zweifel gesetzt sein"), ist theils überflüssig, theils unzureichend. Sie ist überflüssig (Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1828 II S. 198. 199), und war daher auch ohne Nachtheil im westgal. Gesetzb. nicht vorhanden, insofern der Schreiber der letztwilligen Verfügung zugleich Zeuge sein soll. Denn in dieser Beziehung kommt er nicht als Schreiber, sondern nur als Honorirter in Betracht und es reicht daher schon die Vorschrift des §. 594 aus, die sogar in dieser Beziehung durch die Anordnung des §. 595 nicht vollkommen gedeckt wird, da §. 594 auch die besoldeten Hausgenossen des Bedachten vom Zeugniß ausschließt, während §. 595 ihrer, wohl nur aus Versehen, nicht erwähnt. Insofern aber der Testamentarius nicht zugleich Zeuge sein soll, vermag die Vorschrift des §. 595 den gewollten und gewünschten Zweck nicht zu erreichen. Denn was für eine Garantie für die Gewißheit des Willens kann die Anordnung gewähren, daß die betreffende Verfügung von drei anderen fähigen Zeugen unterschrieben werden muß? Wo ist denn die Gewähr dafür vorhanden, daß der Erblasser die Testamentsurkunde durchgelesen und sich überzeugt habe, daß der Schreiber des Testaments nur dasjenige niedergeschrieben habe, was des Erblassers Willen gemäß ist? Im westgal. Gesetzb. II §. 376 war noch allgemein vorgeschrieben, daß der Erblasser überhaupt bei allographen Testamenten „in Gegenwart der Zeugen den Aufsatz genau durchsehen und mündlich erklären müsse, daß er echt sei und seinen Willen enthalte", und zwar wie motivirend hinzugefügt wird, weil „dadurch allein allem Verdacht eines untergeschobenen oder verfälschten Testaments vorgebeugt werden könne." Diese Vorschrift, durch welche auch für den Fall des Sc. Libonianum schon hinlänglich gesorgt war, hat das Gesetzb. v. J. 1811, im allgemeinen wohl mit Recht, fallen lassen, dagegen aber keine ausreichende Garantie dafür hergestellt, daß der Schreiber des Testaments sich nicht gegen den Willen des Erblassers etwas zuschreibe. Um wie viel passender ist die Vorschrift des gem. Rechts, wonach eine solche Verfügung, um gültig zu sein, vom Erblasser durch generalis oder specialis subscriptio als seinem Willen entsprechend bestätigt sein muß! L. 14 pr. L. 15 §. 1. 2. 3 D. de leg. Cornel. 48. 10. L. 2. 6 C. de his qui sibi 9. 23. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2077. — Willkürlich ist die Behauptung Ellinger's zu §. 595, daß die Vorschrift desselben auch „auf den bloßen Concipienten des letzten Willens" anzuwenden sei. Freilich behauptet auch Puchta, Pandekt. 472 a. E. Vorles. II S. 371 (vgl. Seuffert, Pandekt. §. 520 Note 13) etwas Ähnliches für das gem. Recht, allein auch auf diesem Boden dürfte eine solche Behauptung unrichtig sein; arg. L. 22 C. de test. 6. 23. Fein Bd. 34 S. 461 Note 92.

β) Außerordentliche Form.

§. 11.

Unter gewissen Voraussetzungen findet eine Erleichterung der regelmäßigen Formvorschriften statt. Zu diesen in Ansehung der Form privilegirten Testamenten gehören:

1) Testamente, welche auf Schifffahrten oder an Orten errichtet werden, wo ansteckende Krankheiten, wo die Pest oder die Cholera[a], herrschen[1]. Zu solchen letztwilligen Verfügungen brauchen nur zwei fähige Zeugen zugezogen zu werden, wozu in solchen Fällen auch Jünglinge über vierzehn Jahre, Frauenspersonen und Ordensgeistliche gehören; bei Gefahr einer Ansteckung brauchen überdieß die beiden Zeugen nicht zugleich gegenwärtig zu sein (§. 597. 598). Sechs Monate nach beendigter Schifffahrt oder Epidemie verliert der in außerordentlicher Form errichtete letzte Wille seine Wirksamkeit (§. 599).

2) Testamente der Soldaten, deren Darstellung jedoch dem Militärprivatrecht angehört (§. 600)[b].

Anm. [1] Es ist einerseits genügend, andererseits nicht erforderlich, daß die Seuche in des Testators Hause herrsche oder daß dieser selbst daran krank liege. Vgl. dagegen sächs. Gesetzb. §. 2113. Zu diesen privilegirten letztwilligen Verfügungen gehören auch die in Contumazanstalten errichteten; Pestpoliz.-Ordn. 30. Juni 1837 §. 71. Stubenrauch II S. 363; vgl. auch Michel II Nr. 1024. Über das gemeinrechtliche testamentum tempore pestis conditum (L. 8 C. de test. 6. 23) vgl. Mühlenbruch Bd. 42 S. 262 fg. Vangerow II S. 166. 167. Heimbach S. 815 fg. Arndts §. 488 Nr. 1. — Während eines sonstigen Nothstandes genießen Testamente keine Begünstigung. Mühlenbruch Bd. 42 S. 285 fg. Heimbach S. 824. 825. Zeiller II S. 486.

[2] Das sog. testamentum ad pias causas genießt nach österr. Recht keines Privilegiums. Vgl. auch Schulte in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 8 S. 229. Zur Privilegirung eines testamentum ruri conditum (L. 31 C. h. t. 6. 23) war bei der Beschaffenheit der normalen Testamentsförmlichkeiten des österr. Rechts keine Veranlassung vorhanden.

b) Öffentliche Testamente.

§. 12.

Testamente können auch unter Mitwirkung der öffentlichen Autorität errichtet werden und zwar: 1) Unter Mitwirkung eines

[a] Samml. Nr. 367. [b] System I S. 5. 313.

zur Aufnahme letztwilliger Anordnungen competenten[a], gehörig beſetzten (§. 589)[b] und unbefangenen (§. 596) Gerichtes (ſog. testamentum judiciale, gerichtliches Teſtament)[1], indem der Teſtator entweder vor demſelben, und zwar in der Regel in dem Amtslocale (§. 590), ſeinen Willen zu Protokoll[c] erklärt (ſog. testamentum apud acta conditum), welches hierauf vom Gericht verſiegelt und mit dem Namen des Erblaſſers bezeichnet in amtliche Verwahrung[d] genommen wird (§. 588), oder ſein eigenhändig unterſchriebenes Teſtament in eigener Perſon dem Gericht übergibt (ſog. testamentum judici oblatum)[2], welches daſſelbe, in gleicher Weiſe verſiegelt und bezeichnet, in Verwahrung zu nehmen, über den Hergang ein Protokoll aufzurichten[e] und dem Teſtator einen Empfangsſchein auszuſtellen hat (§. 587). Die Zurücknahme des dem Gericht übergebenen Teſtaments, worüber gleichfalls ein Protokoll aufzunehmen iſt, entzieht demſelben den Charakter eines öffentlichen Teſtaments[3]. 2) Unter Mitwirkung eines reſp. zweier öffentlicher Notare unter Beobachtung der in der Notariatsordnung enthaltenen Vorſchriften (Not.-Ordn. 21. Mai 1855 §. 59 . . . 64).

Anm. [1] Über das gerichtliche Teſtament nach gem. Recht vgl. Glück Bd. 34 S. 154 fg. 188 fg. Heimbach S. 735 fg. 741 fg. Vgl. auch Biedermann im civ. Arch. Bd. 23 Nr. 3. Ein ſog. testamentum principi oblatum (L. 19 C. de test. 6. 23. Glück Bd. 34 S. 165 fg. Heimbach S. 738 fg.) kennt das öſterr. Recht nicht. — Durch die Beſtimmung des §. 589, daß der einen Gerichtsperſon „in dem Ort, wo die Erklärung aufgenommen wird", das Richteramt zuſtehen muß, iſt die ältere gemeinrechtliche Controverſe, ob der Richter auch außerhalb ſeines Amtsbezirks eine letztwillige Anordnung aufnehmen könne (Glück Bd. 34 S. 206 fg. Heimbach S. 748. 749) in entſprechender Weiſe gelöſt worden (nam si excesserit, privatus est). Vgl. dagegen ſächſ. Geſetzb. §. 2093.

[2] Durch die ausdrückliche Beſtimmung des §. 587, daß der letzte Wille dem Gericht „perſönlich" übergeben werden müſſe, iſt dieſe gemeinrechtlich ſo überaus beſtrittene Frage (Literatur bei Bangerow II §. 447. Anmerk. Heimbach S. 743 fg.) in befriedigender Weiſe entſchieden worden. — Das Gericht hat den Erblaſſer darauf aufmerkſam zu machen, daß die letztwillige Verfügung von ihm eigenhändig unterſchrieben ſein müſſe (§. 587); könnte der Teſtator nicht unterſchreiben, ſo müßte er vor Gericht ſein Handzeichen beifügen (arg. §. 580); könnte er nicht leſen, ſo müßte ihm der Aufſatz vom Gericht vorgeleſen werden (arg. §. 581. Ellinger zu §. 587 und Stubenrauch II S. 349 lit. a gegen Rippel IV S. 134, der dies für unzuläſſig

[a] §. 92 J. N. 20. Nov. 1852. Syſtem II §. 86 Note 13. [b] §. 188. 247. Pat. 3. Mai 1853. [c] §. 193 Pat. 3. Mai 1853. Vgl. §. 7 Geſetz 9. Aug. 1854. [d] §. 232. 255 Pat. 3. Mai 1853. [e] §. 193 cit.

hält, worin ihm Füger, Erbr. II S. 60. 61 beistimmt). — Der Testirakt besteht im Fall des §. 587 in der Übergabe des schriftlichen Testaments zu Gericht und in der Beurkundung derselben durch das gerichtliche Protokoll, daher dieser Zeitpunkt (§. 590) als der der Errichtung des letzten Willens anzusehen ist. Der Mangel der vorgeschriebenen Beisetzung des Datums im Protokoll (§. 590) macht das gerichtliche Testament nicht ungültig. Rippel IV S. 139 fg. Ellinger zu §. 590. Stubenrauch II S. 349. 350. Füger II S. 66. (Vgl. auch Anhang §. 33 zum A. L. R. I 12 §. 139.)

[3] Arg. §. 64 Not.-Ordn. v. 21. Mai 1855 (vgl. A. L. R. I 12 §. 565. 566). Zeiller II S. 701. Winiwarter III S. 265. Rippel IV S. 440; a. M. Stubenrauch II S. 351. 568. Ist das Testament zu gerichtlichem Protokoll erklärt, so wird ohnehin dem Erblasser auf sein Verlangen nur eine Abschrift desselben hinausgegeben; westgal. Gesetzb. II §. 383. Über diese gemeinrechtlich vielbesprochene Frage vgl. Glück Bd. 34 S. 220 fg. Mühlenbruch Bd. 38 S. 302 fg. Heimbach S. 944 fg. Puchta, Vorles. II S. 364. 365. Bangerow II S. 244. 245.

[4] In Ansehung der Grundformen der Testamente und des Verhältnisses des öffentlichen zum Privattestament stimmt das österr. Recht mit dem gemeinen Recht überein, während andere moderne Gesetzgebungen das Privattestament in der Regel entweder fast gänzlich ausschließen, wie das preuß. Landr. (A. L. R. I 12 §. 66 fg. Koch, Pr. R. II §. 815. 816), dem der hessische Entwurf Abth. III Art. 81 fg. folgt, und das Zürcher Gesetzb. §. 2056 fg. §. 2066 fg., oder doch nur das holographe Privattestament anerkennen, wie der Code civil a. 969 sq. (vgl. jedoch a. 976 und dazu Mühlenbruch Bd. 35 S. 34 Note 64). Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2092 fg. 2100 fg.

4. Inhalt des Testaments.

a) Die letztwillige Erklärung überhaupt.

§. 13.

Den wesentlichen Inhalt des Testamentes bildet die Ernennung eines Erben (§. 553)[1]; dasselbe kann jedoch außer der Erbeinsetzung noch mannigfache andere Anordnungen enthalten[a]. Die letzte Willenserklärung steht im allgemeinen unter den für Willenserklärungen bei Rechtsgeschäften überhaupt geltenden Regeln. Sie darf 1) weder durch Zwang (§. 565)[2], wovon jedoch bloßes Zureden zu unterscheiden ist[b], noch durch Betrug (§. 565) oder einen irrigen Beweggrund von solcher Beschaffenheit hervorgerufen sein, daß der Erblasser ohne ihn die Verfügung erweislich gar nicht getroffen hätte[c] (§. 572)[3]. Sie muß 2) in der Absicht zu testiren („ernst-

[a] L. 1 D. qui test. fac. 28. 1. Oben §. 8 Anm. 3. [b] L. 3 D. si quis aliquem 29. 6. L. 3 C. eod. 6. 34. System II §. 80 Note 18. [c] L. 5 C. de test. 6. 23. L. 4. 7 C. de her. inst. 6. 24. — L. 28 D. de inoff. test. 5. 2. L. 92 D. de her. instit. 28. 5. L. 9. 10 C. de test. mil. 6. 21. — L. 72 §. 6 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 1 C. de fals. caus. 6. 44.

lich" §. 565. 585)[d] gemacht, deutlich oder doch verständlich sein (vgl. §. 697)[4] und den wirklichen Willen des Erblassers aussprechen[e]. Die Verfügung ist daher ungültig, wenn der Erblasser in der Person, die er bedenken, oder in dem Gegenstand, den er zudenken wollte, irrte (§. 570)[f], während die Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit in der Bezeichnung (Benennung oder Beschreibung) der Person des Bedachten oder des Gegenstandes der Verfügung der Gültigkeit der Anordnung in der Regel nicht schadet[g], wenn nur der wahre Wille des Erblassers sonst erkennbar ist (§. 571)[5]. Der letzte Wille muß 3) bestimmt (§. 565)[6] und in dem Sinne vollständig erklärt werden, daß die Verfügung nicht bloß als der unvollendet gebliebene Beginn der letztwilligen Erklärung zu betrachten ist[7]. Eine Verweisung in Ansehung der Person, welche bedacht, oder des Gegenstandes, welcher zugedacht sein soll, auf eine besondere Urkunde[h] (sog. mystisches Testament) ist zulässig und wirksam, dafern nur die Urkunde mit allen Erfordernissen einer schriftlichen letztwilligen Verfügung versehen ist (§. 582)[8]. Nachträgliche Erklärungen, welche nur eine Erläuterung, nicht etwa eine Ergänzung, der früheren Verfügung bezwecken, können in beliebiger Form abgegeben werden[i] (§. 582)[9]. 4) Die letztwillige Verfügung darf nichts enthalten, was an sich oder durch die Beziehung, in welcher es auftritt, unsittlich oder rechtswidrig ist (vgl. §. 698. 712).

Anm. [1] Die gültige Erbeinsetzung bildet nur in dem Sinn den wesentlichen Inhalt des Testaments, daß ohne solche die letztwillige Verfügung eben kein Testament im technischen Sinn ist (§. 553). Dagegen ist die Erbeinsetzung nach österr. Recht nicht in dem Sinn caput et fundamentum totius testamenti (Gaj. II 229), daß ohne sie alle übrigen testamentarischen Verfügungen nicht zu bestehen vermöchten, wie nach röm. Recht, wonach sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet (L. 1 §. 3 de D. vulg. subst. 28. 6.) und testa-

[d] §. 1 I. de mil. test. 2. 11. L. 24 D. de test. mil. 29. 1. L. 31 D. qui test. fac. 28. 1. L. 17 D. de jur. codic. 29. 7. L. 11 §. 1 D. de leg. III. System II §. 88 Note 3. Westgal. Gesetzb. II §. 359. [e] L. 3 D. de reb. dub. 34. 5. L. 9 §. 5. 7 D. de her. inst. 28. 5. [f] L. 9 pr. §. 1 D. de her. inst. 28. 5. L. 2 §. 7 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 4 pr. D. de leg. I. System II §. 89 Note 13. 26. [g] §. 29. 30 I. de leg. 2. 20. L. 9 pr. §. 2 ... 4 L. 48 §. 3 D. de her. inst. 28. 5. L. 4 pr. L. 15 pr. D. de leg. I. L. 17 pr. §. 1 L. 33 pr. L. 34 pr. L. 40 §. 4 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 7 §. 2 D. de supell. leg. 33. 10. L. 28 D. de reb. dub. 34. 5. L. 4 C. de test. 6. 23. L. 7 §. 1 C. de leg. 6. 37. L. 3. 5 C. de fals. caus. 6. 44. [h] L. 77 D. de her. inst. 28. 5. L. 10 pr. D. de cond. instit. 28. 7. L. 38 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 18 D. de usu leg. 33. 2. [i] L. 21 §. 1 D. qui test. fac. 28. §. 1.

menta ex institutione heredis vim accipiunt (§. 34 I. de leg. 2. 20. L. 3 D. de his quae in test. 28. 4. Gaj. II 229): nach österr. Recht ist vielmehr passender Weise der Rechtsbestand der übrigen testamentarischen Verfügungen durch das Dasein einer Erbeinsetzung oder deren Gültigkeit nicht bedingt.

[2] Daß die erzwungene und erlistete letztwillige Verfügung nichtig und zwar absolut nichtig sei (vgl. Schliemann, die Lehre vom Zwange, 1868, S. 138 fg.), ist nach österr. Recht nicht zu bezweifeln; über diese gemeinrechtlich vielbestrittene Frage vgl. Mühlenbruch Bd. 43 S. 485 fg. Heimbach im R. L. X S. 918 fg. Arndts §. 491 Anm. 2. Bangerow II §. 431 Anm. 1. 3. Schliemann S. 80 fg. Keller §. 592. Über den Fall, wenn der gezwungene oder betrogene Erblasser die Verfügung hinterher genehmigt (Mühlenbruch Bd. 43 S. 490. 491. Schliemann S. 140. 141), vgl. unten §. 22 Anm. 3. Über den Beweis von Zwang und Betrug vgl. Glück Bd. 33 S. 439. 440. — Das bürg. Gesetzb. faßt die Vorschriften über Inhalt des Testaments und testamentifactio activa unter der Überschrift: „innere Form" zusammen; über das Unpassende dieser der früheren Jurisprudenz (Glück Bd. 34 S. 149. 150) geläufigen Bezeichnung vgl. System II §. 86 Note 2.

[3] Unter diesen Umständen wird der Beweggrund (Bestimmungsgrund) zur Voraussetzung (Modus in diesem Sinn: L. 92 D. cit. 28. 5), welche in der That nichts anderes als eine unentwickelte Bedingung ist. Windscheid, Pandekt. §. 97. 98 Note 6. Im übrigen gilt die Regel: falsa causa adjecta non nocet. §. 572. L. 17 §. 2 L. 72 §. 6 D. de cond. et dem. 35. 1. §. 31 I. de leg. 2. 20. L. 1. 2 C. de fals. caus. 6. 44. Über diese Regel und ihre Ausnahmen (§. 572. 777. 778. Stellen der Note c) vgl. System II §. 81 Note 7. 9 und Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung S. 37 fg. 138 fg. Vgl. auch Weil in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 20 Nr. 3. Zur Berücksichtigung der falsa causa ist es nicht gerade erforderlich, daß dieselbe in der letztwilligen Verfügung selbst angegeben sei (cf. L. 4 C. cit. 6. 24. L. 5 C. cit. 6. 23); der Beweis des Irrthums kann „aus den Umständen" (§. 777) geführt werden (sog. Indicienbeweis). Hat der Erblasser in der letztwilligen Verfügung ein unsittliches oder rechtswidriges Motiv derselben angegeben, so wird die darauf beruhende Anordnung als contra bonos mores doch wohl auch nach österr. Recht (cf. L. 91 D. de her. inst. 28. 5. Paul. R. S. V. 12 §. 8. §. 8 I. quib. mod. test. 2. 17) für ungültig zu halten sein, das angegebene unlautere Motiv mag übrigens an sich wahr oder falsch sein. Vgl. hess. Entw. Art. 49.

[4] L. 73 §. 3 D. de R. J. Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent. L. 2 D. de his quae pro non script. 34. 8. cf. L. 188 pr. D. de R. J. L. 62 §. 1 D. de her. inst. 28. 5. Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet: quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit. L. 33 §. 1 D. de condit. 35. 1. L. 10 pr. L. 27. 28. D. de reb. dub. 34. 5. (Über L. 4 §. 1 D. si cui plus 35. 3 vgl. Mühlenbruch Bd. 40 S. 194 Note 65). Unrichtig entscheidet diesen Fall Rippel IV S. 98; dagegen auch Winiwarter III S. 68. Stubenrauch II S. 318. Vgl. System I §. 70 Note 5 und zu

der daselbst angeführten L. 8 §. 3 D. de leg. II jetzt noch Fitting, zur Lehre von den Correalobl. S. 172. 173. — Für die Auslegung des Testamentes gelten die allgemeinen Interpretationsregeln: §§. 6. 7. 655. System I §. 13. Über die Auslegung des vom Erblasser gebrauchten Ausdrucks: „gesetzliche Erben" vgl. Samml. Nr. 251; über die testamentarische Berufung einer bestimmten Person zur Auslegung: Samml. Nr. 251. Nippel V. S. 221. 222. Zahlreiche Auslegungsregeln enthält das A. L. R. I 12 §§. 519...556. Sächs. Gesetzb. §§. 2155...2165.

[5] Über die einzelnen Fälle: System II §. 89 Nr. II. Keller, Grundr. §. 343 Nr. V; insbesondere über die Regel falsa demonstratio non nocet: Windscheid, die Voraussetzung S. 130 fg.

[6] Zu den Worten des §. 565: „nicht durch bloße Bejahung eines ihm gemachten Vorschlags" vgl. westgal. Gesetzb. II §. 359 („Wer die an ihn gestellte Frage: ob er diese oder jene Person zum Erben einsetzen wolle, lediglich bejaht, ist deswegen allein noch kein ernstlicher Testator....") und Glück Bd. 34 S. 23 fg.

[7] L. 25 D. qui test. fac. 28. 1. Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varius Digestorum libro primo Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat; si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare; ego (Javolenus) nec Servium puto aliud sensisse. Mühlenbruch Bd. 38 S. 413 fg. Bd. 42 S. 62 fg. Bangerow II S. 120. Vgl. auch den schönen Brief von Plinius, epistol. lib. IV epist. 10. Die Beurtheilung solcher Fälle in concreto hängt unter Berücksichtigung der individuellen Umstände davon ab, ob die Erklärung, soweit sie vorhanden ist, ein abgeschlossenes für sich bestehendes und verständliches Ganzes zu bilden vermag oder nicht, wobei insbesondere im Auge zu behalten ist, daß nach österr. Recht die Vermächtnißanordnungen nicht ein unzertrennliches Ganzes mit der Erbeinsetzung bilden, sondern unabhängig von dieser für sich bestehen. Über die Ungültigkeit der Verfügung insbesondere, wenn eine erweislich beabsichtigte Suspensivbedingung nicht beigefügt wurde (L. 9. §. 5 D. de her. inst. 28. 5. L. 8 C. de instit. 6. 25. System II §. 82 Note 3) vgl. Sarwey im civ. Arch. Bd. 29 Nr. 5. 12. Mühlenbruch Bd. 38 S. 422 fg. 435 fg. (der jedoch S. 438, m. E. mit Unrecht, der Bedingung in dieser Hinsicht andere Willensbeschränkungen gleichstellt, indem er das wahre Wesen der Suspensivbedingung doch wohl verkennt, System II §. 82 Note 28. 75) Bangerow II S. 119. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2082. Der Vorbehalt eines späteren Zusatzes, welcher dann unterblieben ist, macht die Willenserklärung nicht zu einer unvollendeten. L. 8 C. cit. Samml. Nr. 148. Über den Vorbehalt einer Theilbestimmung insbesondere vgl. §. 15 Anm. 4.

[8] Über den Ausdruck „mystisches Testament" vgl. Mühlenbruch Bd. 40 S. 206 Note 88. Trotz der Stellung des §. 582 (westgal. Gesetzb. II §. 374) darf doch wohl angenommen werden, daß auch ein mündliches Testament ein mystisches sein könne; vgl. Zeiller II S. 461. Stubenrauch II S. 339. Ellinger zu §. 582. Auf dem Boden des gemeinen Rechts ist diese Frage sehr bestritten; gegen die Zulässigkeit eines mündlichen mystischen Testaments: Mühlenbruch Bd. 35 S. 14 fg. Mayer,

die Lehre von den Legaten §. 80 Anm. 25; für die Zuläſſigkeit: Arndts im A. L. III S. 919 Note 77 Pandekt. §. 493 Anm. 2. Seuffert §. 535 Note 14. Fein Bd. 45 S. 125 Note 94. Brinz S. 772. Vgl. auch Puchta, Vorleſ. II S. 371. 372.

[9] Ungenau iſt die Faſſung des Schlußſatzes des §. 582, indem das Wort „außerdem" ſich auf die Form der Erklärung zu beziehen ſcheint, während es ſeine wahre gegenſätzliche Bedeutung nur in der Beziehung auf den Inhalt der Erklärung finden kann und ſoll. Über die Formloſigkeit ſolcher nachträglicher Erläuterungen und über die legislative Zweckmäßigkeit der (nach gem. Recht nicht ſtattfindenden) Formgebundenheit vorbehaltener Erklärungen vgl. Fein Bd. 45 S. 142 fg. Die ſachgemäße Regel iſt: jede (Dispoſitiv-) Erklärung des letzten Willens bedarf der Teſtamentsform, dagegen iſt die Erklärung (Erläuterung) der Willenserklärung an keine Form gebunden: nihil enim nunc dat (testator) sed datum significat. L. 21 §. 1 D. cit. 28. 1. (Vgl. jedoch zu dieſer Stelle Mayer §. 30 Anm. 16, der die darin ausgeſprochene Formloſigkeit auch auf Ergänzungen der letztwilligen Erklärung bezieht.)

[10] Über die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung bei letztwilligen Erklärungen vgl. Syſtem II §. 90 Note 36.

b) Die Erbeinſetzung insbeſondere.

α) Die Erbeinſetzung überhaupt.

§. 14.

Die Erbeinſetzung beſteht in der Ernennung einer beſtimmten Perſon zum Erben. Sie geſchieht durch eine Erklärung, welche die Berufung einer gehörig bezeichneten Perſon zum Erben mit beliebigen Worten[a], jedoch in beſtimmter und deutlicher[b] Weiſe, ausſpricht[2]. Die Bezeichnung des Erben kann wie durch Angabe ſeines Namens, ſo durch jedes andere Kennzeichen geſchehen[c], aus welchem der Erbe mit Sicherheit erkannt werden kann[3]. Der Erblaſſer muß jedoch den Erben ſelbſt einſetzen; er kann deſſen Berufung nicht unmittelbar dem Willen eines Dritten anheimgeben (§. 564)[4].

Zur Gültigkeit der Erbeinſetzung iſt erforderlich die Fähigkeit des Ernannten, zum Erben eingeſetzt zu werden (vgl. §. 647). Dieſe Fähigkeit (ſog. testamentifactio passiva), welche nur zur Zeit der Verwirklichung der Berufung, nicht ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung[d] vorhanden ſein muß, fehlt allen Erbunfähigen überhaupt und überdies jenen Perſonen, welche mit dem Erblaſſer er-

[a] L. 15 C. de test. 6. 23. cf. L. 1 §. 5. 7 L. 48 pr. D. de her. instit. 28. 5. Oben §. 8 Anm. 4. [b] Samml. Nr. 218. 310. [c] L. 9 §. 8. 9. L. 58 pr. D. h. t. 28. 5. cf. L. 4 D. reb. dub. 34. 5. [d] Oben §. 5 Anm. 21.

wieſener Maßen Ehebruch oder Blutſchande getrieben haben (§. 543)[5]. Zuläſſig iſt die Erbeinſetzung einer zur Zeit noch unbeſtimmten Perſon (ſog. persona incerta), wenn nur dieſe Unbeſtimmtheit ſpäter gehoben werden kann[e], eines Nachgeborenen[f] (vgl. §. 612. 681. 778)[6] und juriſtiſcher Perſonen[7]; insbeſondere können Stiftungen durch Erbeinſetzung auch erſt errichtet werden[8].

Anm. [1] Mühlenbruch Bd. 39 S. 116 . . . 470. Arndts im R. L. III S. 907 . . . 939.

[2] Die Erbeinſetzung muß mit dispoſitiven Worten geſchehen, da der Wille des Erblaſſers ſonſt nicht mit hinreichender Gewißheit erkannt werden kann. In der Nennung als Erbe liegt noch nicht die Ernennung zum Erben: es iſt daher auch für das öſterr. Recht (cf. L. 19 D. de her. inst. 28. 5. L. 16 §. 1 D. de vulg. subst. 28. 6. Mühlenbruch Bd. 40 S. 234 fg. Puchta, Vorleſ. II S. 371. Arndts im R. L. S. 918 Pandekt. §. 493 Anm. 1; a. M. Bangerow §. 449 Anm. 1) an der Regel feſtzuhalten: in conditione positus non est in dispositione („wenn A vor mir ſtirbt", oder „wenn A mich nicht beerbt, ſoll B mein Erbe ſein"); vgl. Stubenrauch II S. 305. Nur darf damit der Fall nicht verwechſelt werden, wenn der Teſtator die Einſetzung des Erben an die Bedingung knüpft, daß ſein geſetzlicher Nachfolger nicht Erbe werde, in welchem Falle letzterer zwar nicht als Teſtaments- wohl aber als Inteſtaterbe zur Nachfolge gelangen kann. L. 82. 86 D. de her. inst. 28. 5.

[3] Wird der Erbe (oder Legatar) nur durch eine für ihn ſchimpfliche Bezeichnung erkennbar gemacht, ſo hängt nach öſterr. Recht (cf. L. 9 §. 8 L. 48 §. 1 D. h. t. 28. 5. L. 54 D. de leg. I) die Wirkſamkeit der Verfügung von dem Schicklichkeitsgefühl des Bedachten ab.

[4] Die Aufnahme der Beſtimmung des §. 564 (weſtgal. Geſetzb. II §. 357; vgl. A. L. R. I 12 §. 49. Heſſ. Entw. Art. 51) erklärt ſich daraus, daß man auf gemeinrechtlichem Gebiet nicht ſelten behauptet hat (vgl. die bei Glück Bd. 33 S. 476 fg. Angeführten und ſo auch noch Mayer, die Lehre von den Legaten §. 31 Anm. 13), es ſei in Folge einer angeblich durch das canon. Recht (c. 13 X. de test. 3. 26) bewirkten Änderung dem Erblaſſer geſtattet worden, die Ernennung des Erben dem Arbitrium eines Dritten zu überlaſſen; über und gegen dieſe Anſicht, welche auch in dem ſächſ. Geſetzb. §. 2086 fg. Aufnahme gefunden hat, vgl. insbeſ. Glück Bd. 34 S. 1 fg. Bangerow II S. 114 fg. Arndts §. 491 Anm. 4. Ungültig iſt daher vor allem die Ernennung desjenigen, den ein Dritter beſtimmen werde, zum Erben. L. 32 pr. D. h. t. 28. 5. Illa institutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter Veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex

[e] L. un. C. de incert. person. 6. 48. §. 25. 27 I. de leg. 2. 20. cf. L. 14 D. de reb. dub. 34. 5. [f] §. 28 I. cit. pr. I. de B. P. 3. 9. L. 6 D. de ventre 37. 9. L. 3 D. de b. p. s. t. 37. 11. Vgl. oben §. 5 Anm. 1.

alieno arbitrio pendere. Unzuläſſig iſt es ferner, die Auswahl eines Erben aus mehreren vom Erblaſſer bezeichneten Perſonen einem Dritten zu überlaſſen. Vgl. auch Arndts im R. L. III S. 920 Note 88. (Ungenau oder gar unrichtig iſt die Darſtellung bei Puchta, Vorleſ. II S. 370 lit. β und Seuffert §. 535 Nr. 7. Richtig Stubenrauch II S. 304 im Text Nr. 1, unrichtig in der Note **.) Erklärt der Erblaſſer: A oder B ſoll mein Erbe ſein, ſo wird man wohl auch nach öſterr. Recht das „oder" in „und" verwandeln dürfen. L. 4 C. de V. S. 6. 38. (Sächſ. Geſetzb. §. 2167.) cf. L. 24 D. h. t. 28. 5. Aber auch die Ernennung eines Erben unter der Bedingung, daß ein Dritter dies wolle, iſt ungültig, obgleich der Erbe immerhin unter einer Bedingung eingeſetzt werden kann, deren Erfüllung lediglich von einer (anderweitigen) Willkürhandlung eines Dritten abhängt. L. 68 D. h. t. Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: *si Titius in Capitolium ascenderit*, quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scripserit: *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*, non valet institutio.... Cf. L. 52 D. de cond. et dem. 35. 1. Weſtgal. Geſetzb. II §. 357: „Der Erblaſſer darf in keinem Falle die Ernennung ſeines Erben dem Ausſpruch eines Dritten überlaſſen. Er muß ſelbſt eine beſtimmte Perſon zum Erben einſetzen. Allein er kann ſeinem Erben eine Bedingnng machen, deren Erfüllung von der Willkür eines Dritten abhängt." Vgl. Syſtem II S. 64. Bangerow II §. 432. Brinz §. 180 Nr. 1. Keller §. 492 lit. C. Die Verſchiedenheit der Behandlung einer Erbeinſetzung unter der Bedingung: si Titius Capitolium ascenderit und einer Inſtitution unter der Bedingung: si Titius voluerit, erklärt ſich daraus, daß zwiſchen beiden Bedingungen ein innerer und ſachlicher Unterſchied beſteht, nicht blos eine ſprachliche und formelle Differenz, wie (gleich Puchta, Vorleſ. II S. 370) Fitting in der Zeitſchr. f. Handelsr. Bd. 2 Nr. 5 behauptet; dagegen Unger ebda Bd. 3 Nr. 7 und dagegen wieder Fitting ebda Bd. 5 Nr. 3, deſſen neuerliche Ausführungen jedoch nicht im Stande ſind, mich eines Anderen zu überzeugen. Seither hat ſich auch Windſcheid, Pandekt. §. 93 insbeſ. Note 4 gegen Fitting's Theorie erklärt; dagegen jedoch wieder Fitting im civ. Arch. Bd. 46 S. 260 fg. Vgl. auch unten §. 57 Anm. 2.

[5] „Beitrag zur Erläuterung des §. 543" in der öſterr. G. Z. 1852. Nr. 68. Über die Beſchaffenheit des in §. 543 (vgl. A. L. R. I 12 §. 35) poſtulirten gerichtlichen Geſtändniſſes: Samml. Nr. 430. Über das röm. Recht: Arndts §. 520 Anm. 1. lit. h. §. 471 Anm. 2. Bangerow §. 565 I A Nr. 9. 10. §. 404 Anm. Nr. 6.

[6] Die Erbeinſetzung ſolcher Kinder, welche der Erblaſſer mit einer Perſon, die er nicht heirathen darf oder die mit einem Andern verheirathet iſt, erzeugen werde, iſt gewiß auch nach öſterr. Recht (cf. §. 28 I. de leg. 2. 20. L. 9 §. 1. 3. 4 D. de lib. et posth. 28. 2. Mühlenbruch Bd. 39 S. 388 fg.) als contra bonos mores ungültig; aber auch die Erbeinſetzung anderer unehelicher Poſtumen iſt doch wohl als unſittlich für unzuläſſig zu halten; Mühlenbruch S. 395. 396, vgl. jedoch auch Heumann in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 19 S. 349 fg. Heimbach ebda N. F. Bd. 5 S. 17 fg. Bering, Erbr. S. 264 Note 3. (Im R. L. III S. 913 erklärt Arndts

die Einſetzung eines unehelichen Poſtumus für turpis und daher ungültig; in den Pandekt. §. 491 Nr. 4 übergeht er dieſen Punkt.) — Über die unmittelbare Erbeinſetzung eines nach dem Tode des Erblaſſers Erzeugten vgl. unten §. 20.

[7] Syſtem I §. 43 Note 44. §. 44 Note 19. Ob die Erbeinſetzung einer ruhenden Erbſchaft als Einſetzung des künftigen Erben aufzufaſſen ſei, wie Arndts im R. L. IV S. 5 Note 28 Pandekt. §. 471 Anm. 3 durchgreifend behauptet, iſt doch noch ſehr fraglich; vgl. auch Schirmer, Erbr. §. 4 Note 16.

[8] Syſtem I §. 44 Note 20. In der Erbeinſetzung einer erſt zu errichtenden Stiftung ſpricht ſich deutlich genug, wenn auch nicht in paſſenden Worten, der Wille des Erblaſſers aus, daß ſein Vermögen in ſelbſtändiger Weiſe für ſich fortbeſtehen und zu einem beſtimmten gemeinnützigen oder frommen Zwecke (pia causa) verwendet werden ſolle. „Unbedenklich kann der Teſtator ſelbſt geradezu die Errichtung einer beſonderen Anſtalt mit der Eigenſchaft einer juriſtiſchen Perſon anordnen und ſoll dieſer Anordnung ſoweit als möglich Folge gegeben werden. (Über die Realiſirung ſolcher letztwilliger Errichtungen von Stiftungen vgl. Syſtem I S. 350. 351.) Ob dann aber auch die Einſetzung einer ſolchen Anſtalt, die eben dadurch erſt ihr Daſein als juriſtiſche Perſon erhalten ſoll, für giltig zu halten ſei, iſt eine ſehr ſtreitige Frage. (Mühlenbruch Bd. 39 S. 467 fg. Bd. 40 S. 1 fg. Arndts, Pandekt. §. 46 Anm. 3. 4.) Erwägt man, wie ſehr das neuere (römiſche) Recht bemüht iſt, derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rückſichten, aufrecht zu erhalten und die vollſtändige Erreichung ihres Zweckes möglichſt zu ſichern und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgriff ſein könnte, eine zu errichtende Anſtalt ſelbſt zum Erben einzuſetzen, wenn anerkannt wird, daß man auf andere Art ſein ganzes Vermögen zur Errichtung einer ſolchen mit juriſtiſcher Perſönlichkeit begabten Stiftung verwendet zu ſehen, ſicher erreichen könne, ſo kann man nicht umhin, der bejahenden Beantwortung dieſer Frage ſich anzuſchließen.“ Arndts im R. L. III S. 916. Das rein logiſche Bedenken, wie eine juriſtiſche Perſon dadurch mittelſt letztwilliger Verfügung geſchaffen werden könne, daß ſie zum Erben eingeſetzt werde, da doch die Honorirung die Exiſtenz vorausſetze, während hier die Entſtehung durch die Honorirung bewirkt werden ſoll, zerfällt mit der Erwägung, daß es ſich hierbei nur um eine dem Willen des Teſtators entſprechende Berichtigung eines ungenauen Ausdrucks handelt, und mit der richtigen Erkenntniß des wahren Weſens der juriſtiſchen Perſon, wonach in der Erbeinſetzung einer Stiftung überhaupt nur die letztwillige Qualifikation des Erbvermögens zu einem Stiftungsvermögen liegt und die Stiftung nichts anderes als ein zu einem milden Zweck ausgeſetztes, mit Selbſtändigkeit ausgeſtattetes (als Perſon gedachtes) Vermögen iſt. Vgl. auch Brinz S. 754 fg. Demelius in den Jahrb. f. Dogm. IV S. 140 fg. A. M. wieder Roth in den Jahrb. f. Dogm. I S. 209 fg. Schirmer §. 4 S. 32.

[9] Über die Erbeinſetzung „ſeiner Seele“ vgl. Hfkldkrt 17. Sept. 1812. Michel II Nr. 1069.

β) Einsetzung eines oder mehrerer Erben.

§. 15.

Der Erblasser kann so viele Erben ernennen als er will[a]. Hat er einen einzigen Erben ohne Beschränkung auf einen bestimmten Theil des Nachlasses eingesetzt, so erhält derselbe die ganze Erbschaft[1], während im entgegengesetzten Falle die übrigen Theile den gesetzlichen Erben[b] zufallen (§. 554. 728)[2]. Hat der Erblasser mehrere Erben ernannt und nichts anderes bestimmt, so sind sie zu gleichen Theilen berufen[c] (§. 555)[3]. Der Erblasser kann aber nach Belieben[d] die Erben auch auf bestimmte Erbtheile einsetzen[4]. Wird durch diese Zuweisung nicht die ganze Erbschaft erschöpft, so fällt der Rest den gesetzlichen Erben zu (§. 556. 728), es müßte denn der Wille des Erblassers, die eingesetzten Personen zu seinen alleinigen Erben zu haben, klar sein, indem dann der Rest an diese Personen[e] nach Verhältniß ihrer Erbtheile[f] fällt (§. 556)[5]. Hat der Erblasser unter mehreren Erben nur einem oder einigen den Erbtheil bestimmt, so erhalten die übrigen den Rest zu gleichen Theilen (§. 557)[g]; ist durch die angewiesenen Erbtheile die ganze Erbschaft erschöpft, so müssen dieselben verhältnißmäßig so weit herabgemindert werden[h], daß auf jeden unbestimmt eingesetzten Erben ein ebenso großer Theil entfällt, als der des geringst Bedachten oder jedes anderen beträgt, wenn die angewiesenen Theile gleich groß sind (§. 558), es müßten denn jene Erben ausdrücklich auf den Rest eingesetzt sein, der sich eben als nicht vorhanden erweist[i]. Eine verhältnißmäßige Herabminderung muß in der Regel[k] auch dann stattfinden, wenn die angewiesenen Erbtheile das Ganze überschreiten[l], wie denn überhaupt die Willensmeinung des Erblassers hinsichtlich der Anweisung von Erbtheilen nach Möglichkeit zu verwirklichen ist[m] (§. 558)[6]. Der Erblasser kann auch mehrere Erben zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil berufen; diese Berufung kann ausdrück-

[a] §. 4 I. de hered. instit. 2. 14. [b] cf. L. 6 D. de testam. mil. 29. 1. L. 1. 2 C. eod. 6. 21. §. 5 i. f. I. h. t. 2. 14. [c] L. 9 §. 12. 14. D. h. t. 28. 5. §. 6 I. h. t. 2. 14. [d] L. 13 §. 1 D. h. t. Paul. R. S. III 4 §. 6. [e] cf. L. 3 C. de test. mil. 6. 21. [f] §. 7 I. h. t. 2. 14. L. 13 §. 2. 3 D. h. t. 28. 5. L. 78 §. 1 D. h. t. [g] L. 17 pr. L. 77 D. h. t. §. 6 I. h. t. [h] cf. §. 6. 8 I. h. t. L. 17 §. 3 L. 18. 87 D. h. t. A. L. R. I 12 §. 268. 269. [i] L. 17 §. 3. cf. L. 78 §. 3 L. 79 D. h. t. 28. 5. [k] cf. L. 23 pr. C. de leg. 6. 37. [l] §. 7 I. h. t. L. 13 §. 4 . . . 7 D. h. t. [m] L. 47 §. 2 L. 78 §. 1 L. 81 pr. D. h. t.

lich ausgeſprochen[7] oder aus der Art der Erbeinſetzung zu entnehmen ſein[8] und iſt insbeſondere dann anzunehmen, wenn ſich unter den allein oder mit Andern zu Erben eingeſetzten Verwandten des Erblaſſers ſolche befinden, welche neben den anderen eingeſetzten Verwandten des Erblaſſers auch bei der Inteſtaterbfolge nur nach Stämmen erben würden (§. 559)[9].

Anm. [1] Hat der Erblaſſer bei der Einſetzung des Univerſalerben einen Gegenſtand ſeiner beſonderen Verfügung vorbehalten und dieſe ſpäterhin nicht getroffen, ſo verbleibt derſelbe den teſtamentariſchen Erben (unrichtig m. E. der heſſiſche Entw. Art. 133), während in der Einſetzung des Erben excepta certa re ein ſtillſchweigendes Vermächtniß zu Gunſten der geſetzlichen Erben enthalten iſt; oben §. 8 Anm. 6. Rippel IV S. 66.

[2] Iſt der eingeſetzte Erbe zugleich einer der geſetzlichen Erben, ſo erbt er auch als ſolcher, wenn nicht der Erblaſſer etwas anderes verfügt hat. Unhaltbar ſind die Unterſcheidungen, welche Rippel IV S. 64. 65 in dieſer Hinſicht macht; dagegen auch Stubenrauch II S. 290 Note *. Hat der Erblaſſer den Theil, auf den er den Erben einſetzen wollte, nicht angegeben, ſo iſt die Verfügung unvollſtändig und daher ungültig. L. 12 D. de b. p. s. t. 37. 11. Stubenrauch II S. 290 gegen Rippel IV S. 63. 64.

[3] Es verſteht ſich von ſelbſt, daß wenn unter den eingeſetzten Perſonen Corporationen ſich befinden, auf dieſe nur Ein Theil entfällt, da eben die universitas, nicht die singuli bedacht ſind. cf. L. 1 §. 15 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Syſtem I §. 43 Note 9. Dieſe ſelbſtverſtändliche Beſtimmung ſpricht das Geſetzb. zum Überfluß in §. 559, überdies an unpaſſender Stelle aus, indem es das Erben mehrerer phyſiſcher Perſonen nach Stämmen und einer Corporation als Einzelperſönlichkeit ungebührlicher Weiſe zuſammenſtellt. Richtiger in dieſer Beziehung noch das weſtgal. Geſetzb. II §. 350. 354. Am wenigſten aber iſt man berechtigt, wie es wohl ſchon verſucht wurde (Syſtem I §. 42 Note 26), aus der eben nicht glücklichen Faſſung des Schlußſatzes des §. 559 die Behauptung abzuleiten, daß die Armen eine Corporation bilden. Schärfere Gegenſätze gibt es wohl nicht: bei juriſtiſchen Perſonen hat man es mit ſubjektloſem Vermögen, bei Armen mit vermögensloſen Subjekten zu thun.

[4] Der Willkür eines Dritten kann die Beſtimmung der Erbtheile der Berufenen nach öſterr. Recht ebenſo wenig als nach gemeinem Recht (Arndts im R. L. III S. 920) anheimgeſtellt werden (arg. §. 564). — Der Teſtator kann ſich auch auf eine anderweitige fremde oder eigene bereits vorgenommene oder noch vorzunehmende Theilbeſtimmung beziehen; findet ſich dieſe nicht, ſo iſt im erſteren Fall die Erbeinſetzung ungültig (L. 2. 81 §. 1 D. h. t. 28. 5. L. 12 D. de b. p. s. t. 37. 11), im letzteren Fall dagegen gültig, gleich als wäre ſie ohne Vorbehalt der Theilbeſtimmung gemacht worden. L. 2 pr. L. 36 D. h. t. 28. 5. Arndts im R. L. III S. 920. Bangerow II S. 199.

[5] Härdtl, über die Berechnung der Erbtheile unter Teſtamentserben (im Anhang zu der unten §. 81 Anm. 11 angef. Schrift) S. 127 fg. 143 fg.

[6] Zu der Note k angeführten Stelle vgl. Mühlenbruch Bd. 40 S. 122 fg. Bangerow II S. 192 fg. — Hätte der Erblasser erklärt: A soll 4 Theile, B 6 Theile meines Nachlasses erhalten, auch C soll mein Erbe sein (oder: C soll den Rest erhalten), so wären 14 Theile zu machen und dem C $^4/_{14}$ zuzuweisen (arg. §. 558). Hat der Erblasser angeordnet, daß seine Intestaterben seine Erben sein sollen, so sind auch in Beziehung auf die Vertheilung der Erbschaft die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge anzuwenden (arg. §. 682; Bangerow II S. 198 Nr. 3). Unbedenklich wäre übrigens auch die Anordnung, daß jene Personen, welche nach fremdem Recht (z. B. römischem Recht) ab intestato succediren würden, den Erblasser beerben sollen. Stubenrauch II S. 306 Nr. 7 gegen Nippel IV S. 81 fg. Über den Fall, wenn der Testator bei der Theilbestimmung auf ein künftiges ungewisses Ereigniß (namentlich auf seine künftige Nachkommenschaft) Rücksicht genommen hat, vgl. L. 47 §. 1 L. 81 pr. D. h. t. L. 13 pr. D. de lib. 28. 2. cf. L. 17 pr. D. de leg. I. Mühlenbruch Bd. 40 S. 137 fg.

[7] Die zu dem gemeinschaftlichen Erbtheil berufenen Erben können in demselben Satz ernannt, also auch den Worten nach verbunden sein (A soll mein Erbe zur Hälfte, B und C sollen meine Erben zur anderen Hälfte sein, re et verbis conjuncti L. 142 D. de V. S.), oder in verschiedenen Sätzen ernannt sein (re tantum conjuncti). Über die Auslegung der Einsetzung: A soll mein Erbe sein zur Hälfte, B und C sollen jeder ein Viertheil haben, D soll denselben Theil haben wie A (L. 142 cit. L. 15 pr. D. h. t. 28. 5) vgl. Arndts im R. L. III S. 926. Bangerow II S. 192. Mühlenbruch Bd. 40 S. 111 Note 72.

[8] Eine solche Willensmeinung des Erblassers kann sich unter Umständen darin aussprechen, daß die Erbeinsetzungen in verschiedenen Sätzen vorgenommen werden und mehrere Erben in einem Satze zusammen genannt sind (verbis conjuncti), wenn sich nemlich der Wille des Testators, die Verbundenen zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil zu berufen, aus dieser Satzverbindung (Conjunktion) mit Sicherheit entnehmen läßt. L. 11. 17 §. 4 L. 59 §. 2 D. h. t. 28. 5. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn es heißt: A soll mein Erbe sein, auch B und C sollen meine Erben sein, wohl aber wenn es hieße: zu meinen Erben ernenne ich 1) den A; 2) den B und den C; 3) den D. Vgl. Puchta, Vorles. II S. 372. 373. (Zu weit geht das sächs. Gesetzb. §. 2175.) Unrichtig in ihrer Allgemeinheit ist die kategorische Behauptung unserer Schriftsteller (Zeiller II S. 420. 430. Winiwarter III S. 49. Stubenrauch II S. 291 Nr. 1), daß nach österr. Recht im Gegensatz zum röm. Recht bei einer Verbalconjunktion die Erben stets nach der Kopfzahl succediren, während es vielmehr auch nach österr. Recht eine reine Interpretationsfrage ist, ob die Verbalconjunktion nur figuram oder auch vim conjunctionis habe. Vgl. auch Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 8 S. 89. 90.

[9] Die bloße Collektivbezeichnung genügt also nicht, wie in der Regel (cf. L. 88 §. 6 D. de leg. II) nach röm. Recht (L. 13 pr. D. h. t. L. 11 C. de impub. 6. 26), um die gemeinsam Benannten als zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil berufen anzusehen; um so wichtiger wird die Anm. 8 erörterte Verbalconjunktion. Eine Theilung nach Stämmen findet (abweichend vom gem. Recht, Bangerow II S. 199) auch dann statt, wenn der Erblasser seine Enkel oder Brudersкinder instituirt und diese von verschiedenen Söhnen oder Brüdern des Erblassers abstammen; dem Wort-

laut des §. 559 zufolge aber dann nicht, wenn solche Verwandte des Erblassers eingesetzt sind, welche bei der Intestaterbfolge gar nicht zusammentreffen können, wie wenn der Erblasser seinen Sohn oder Bruder und dessen Kinder, oder seinen Sohn und seines Bruders Kinder instituirt. Es ist aber freilich gar sehr fraglich, ob durch die Anordnung des §. 559, der es doch wohl an haltbarem und erweislichem Grund fehlt, überhaupt der Wille des Erblassers getroffen wird und ob es nicht viel zweckmäßiger gewesen wäre, alles der freien Interpretation zu überlassen. — Der Zusatz, daß die Eingesetzten „zu gleichen Theilen" erben sollen, läßt eine verschiedene Deutung zu. Wenn der Erblasser seine Enkel „zu gleichen Theilen" beruft, so erben sie gewiß nach der Kopfzahl und nicht nach Stämmen (cf. L. 13 pr. D. h. t. L. 66 D. h. t.); erklärt er aber: meine Brüder A und B und die Kinder meines Bruders: C, D und E sollen mich zu gleichen Theilen beerben, so kann durch diesen Zusatz immerhin auch nur ausgesprochen sein, daß drei gleiche Theile gemacht werden sollen. Unrichtig in ihrer Allgemeinheit ist daher m. E. die Bemerkung Stubenrauch's II S. 291. 292, sowie die öfter aufgestellte (Stubenrauch II S. 300 Nr. 7 lit. d. Ellinger zu §. 559. Winiwarter III S. 53) durchgreifende Behauptung, daß wenn nicht alle Glieder eines Stammes eingesetzt sind (z. B. der Bruder A, und von den Söhnen B, C, D eines zweiten Bruders nur B und C), stets nach der Kopfzahl geerbt werde.

γ) Beschränkungen der Erbeinsetzung.

aa) Bedingung [1].

§. 16.

Der Erblasser kann der Erbeinsetzung Bedingungen hinzufügen (§. 695 fg.) und zwar zunächst 1) aufschiebende Bedingungen. Durch die Hinzufügung einer Suspensivbedingung [2] beschränkt der Erblasser das Dasein seines Erbeinsetzungswillens auf einen gewissen Fall [3], so daß der Berufene erst mit dem Eintritt dieses Falls zur Erbfolge gelangen soll (§. 696) [4]. Die Bedingung kann den verschiedensten Inhalt haben (§. 696 [5]. 699 [6]) [a], dafern sie nur möglich und erlaubt ist. Unmögliche Bedingungen, der Erblasser mag die Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht [7], ebenso unerlaubte Bedingungen, die Unerlaubtheit mag in einem Sittengesetz oder in einer Rechtsvorschrift ihren Grund haben [8], machen die Erbeinsetzung in der Regel ungültig (§. 698) [9]: ausnahmsweise gelten jene Bedingungen, welche auf Beförderung der Ehelosigkeit gerichtet sind, als nicht beigefügt (§. 700) [10].

Die Bedingung muß, so wie sie vom Erblasser gemeint ist [11], genau und vollständig erfüllt werden [12] (§. 699) [b]: ist sie unverständ-

[a] L. 60 pr. L. 91 D. de condit. et dem. 35. 1.

[b] Westgal. Gesetzb. II §. 486.

lich, so wird sie nicht berücksichtigt (§. 697) [18]. Sind mehrere Bedingungen verbunden (conjunktiv) gesetzt, so müssen sie sämmtlich[c], wenn wechselweise (alternativ), die eine oder die andere erfüllt werden[d]; ist die Verfügung sowohl auf den Fall des Eintretens als auf den Fall des Ausbleibens desselben Ereignisses getroffen, so ist sie im Zweifel nicht für unbedingt zu halten, sondern der Ausgang der Entscheidung abzuwarten[e]. Wird dieselbe letztwillige Verfügung mehrmals unter verschiedenen Bedingungen oder das eine Mal bedingt, das andere Mal unbedingt getroffen, so ist in der Regel die letzte Verfügung als die gültige anzusehen [14]. Die Erfüllung der Bedingung kann regelmäßig sowohl bei Lebzeiten des Erblassers als nach dessen Tode erfolgen[f]; besteht die Bedingung jedoch in einer beliebig wiederholbaren Handlung des Eingesetzten, so muß dieselbe in der Regel ohne Rücksicht auf etwaige frühere Vornahme nach dem Tode des Erblassers in Befolgung seines Willens vorgenommen werden (§. 701) [g]. Wird die Erfüllung der Bedingung aus welchem Grunde immer[h] ganz oder zum Theil unmöglich, so ist die Bedingung vereitelt und der Berufene von der Nachfolge ausgeschlossen (§. 699), mag gleich die Unmöglichkeit der Erfüllung noch bei Lebzeiten des Erblassers mit oder ohne sein Wissen eingetreten sein (§. 698) [15], es müßte denn ein anderweitiger Wille des Erblassers nachgewiesen werden können [16]; nur im Falle unredlicher Vereitlung der Bedingung durch denjenigen, der an ihrer Nichterfüllung ein Interesse hat, ist es so anzusehen, als wäre die Bedingung erfüllt [17].

Die Erbfolge wird dem bedingt Eingesetzten erst dann angeboten, wenn die Bedingung in Erfüllung gegangen ist: der Bedachte muß daher den Zeitpunkt der Erfüllung erleben (§. 705) [i] und überträgt das Recht Erbe zu werden im Fall früheren Todes nicht auf seine Nachfolger (§. 809) [18]. Während des Schwebens der Bedingung und auf die Dauer desselben gelangen die gesetzlichen Erben

[c] L. 5. 8 §. 4 D. de cond. instit. 28. 7. §. 11 I. de her. inst. 2. 14. L. 45 D. de man. test. 40. 4. [d] L. 5 cit. L. 26 pr. L. 78 §. 1 D. de cond. et dem. 35. 1. §. 11 I. cit. cf. L. 13 pr. D. judic. solv. 46. 7. [e] L. 13 D. quando dies leg. 36. 2. cf. L. 38 §. 1 D. de her. inst. 28. 5. [f] L. 2. 10 pr. L. 11 pr. L. 19 pr. L. 60 pr. L. 61. 91 D. h. t. 35. 1. L. 7 C. de instit. 6. 25. [g] System II S. 69. L. 2. 11 §. 1 cit. [h] System II S. 66. 67. [i] L. 59 pr. L. 103. 109 D. h. t. 35. 1. L. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5. L. 68 §. 2 D. de leg. I. L. 11 §. 6 D. de leg. III. L. 4 pr. L. 5 pr. §. 2 D. quando dies 36. 2. L. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51.

reſp. die ohne Theilbeſtimmung ernannten Erben (§. 560 fg.)[19] zur Erbfolge und findet zwiſchen ihnen und dem bedingt Eingeſetzten daſſelbe Rechtsverhältniß ſtatt wie ſonſt bei einer fideicommiſſariſchen Subſtitution zwiſchen dem Vorerben und dem Nacherben[20] (§. 707)[k].

Der Erblaſſer kann aber 2) der Erbeinſetzung auch eine mögliche und erlaubte Reſolutivbedingung wirkſam beifügen: iſt dieſelbe aus irgend einem Grunde (§. 700) unerlaubt, ſo gilt ſie für nicht beigefügt (§. 698)[l]. Die Reſolutivbedingung wird dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers gemäß wie ein bedingter Endtermin aufgefaßt, daher die Erbſchaft im Fall der Erfüllung der Bedingung den in dieſem Zeitpunkt zur geſetzlichen Erbfolge Berechtigten oder den auf den ganzen Nachlaß inſtituirten Miterben[21] als Nacherben oder dem etwa vom Erblaſſer ernannten fideicommiſſariſchen Subſtituten hinauszugeben iſt (§. 708)[22].

Aufſchiebende negative Bedingungen aller Art[23], welche erſt dann erfüllt ſind, wenn das Ereigniß, welches nicht eintreffen ſoll, nicht mehr eintreffen kann[24], werden, um dem Berufenen den Genuß der ihm zugedachten Erbſchaft nicht allzulange oder gar gänzlich vorzuenthalten[25], in auflöſende Bedingungen mit entgegengeſetztem Inhalt verwandelt[26] und gleich einer ſolchen behandelt (§. 708)[27].

Anm. [1] Über die Literatur vgl. Syſtem II §. 82 Note 1; dazu noch Arndts im R. L. III S. 927 fg. Vangerow II §. 434 ... 436. Vering, Erbr. S. 322 fg. Brackenhöft in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 17. Nr. 9. Windſcheid, Pandekt. I §. 86 ... 95.

[2] Über die Mangelhaftigkeit der Definition der Bedingung in §. 696 vgl. Syſtem II §. 82 Note 4. Auch die Erklärung der aufſchiebenden und auflöſenden Bedingung in §. 696 (weſtgal. Geſetzb. II §. 484) iſt unbefriedigend, da ſie ſtatt des Weſens die Wirkung angibt.

[3] Da die Bedingung eine Selbſtbeſchränkung des Willens (hier des Berufungswillens) und zwar des Willensdaſeins iſt, ſo iſt die Überſchrift zu dem 12. Hptſtck Thl. II des bürg. Geſetzb. (14. Hptſtck II Thl. weſtgal. Geſetzb.) nur zu billigen. Syſtem II §. 82 Note 3. Der §. 695 (§. 483 weſtgal. Geſetzb.) dagegen iſt ganz müſſig, da er nichts anderes als ein ſich ſchon aus der Überſchrift des Hauptſtücks ergebendes Inhaltsverzeichniß der folgenden §§ enthält: an ſolchen inderartigen Paragraphen fehlt es überhaupt im bürg. Geſetzb. nicht und es iſt dies bei der dürftigen Kürze deſſelben doppelt zu beklagen: die Beſtimmungen eines Geſetzbuchs ſollten überhaupt nur Anordnungen über die Gegenſtände, nicht Anordnungen des Gegen-

[k] Vgl. §. 158 Geſ. v. 9. Aug. 1854. [l] Syſtem II §. 82 Note 94.

standes, nur stoffliche Dispositionen, nicht Dispositionen des Stoffs enthalten. — Die Auffassung der Bedingung als einer Willensbeschränkung (System II §. 82), welche früher auch noch Windscheid (Lehre von der Voraussetzung Nr. 87) theilte, ist von ihm (Pandekt. §. 89) in neuester Zeit, nach dem wenig erbaulichen Vorgang von Schönemann in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 19 Nr. 1, lebhaft angegriffen worden. Wie Windscheid Note 2 (und ebenso jetzt Römer, die bedingte Novation 1863 S. 82 fg.) meint, „wird nicht die Existenz des Willens, sondern die Existenz des Gewollten von der Bedingung abhängig gemacht", daher die Bedingung weder eine Selbstbeschränkung der Willensexistenz, noch eine Selbstbeschränkung der Existenz des Rechtsgeschäftes, sondern „eine Selbstbeschränkung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts" zu nennen sei. „Wenn vor dem Eintritt der Bedingung kein Wille existirte, woher sollte denn mit Eintritt der Bedingung ein Wille genommen werden? Die Existenz des Willens, die Thatsache des Wollens, kann gar nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, so wenig wie die Existenz einer Thatsache überhaupt; erst da, wo es von menschlicher Willkür abhängt, ob Thatsachen gewisse rechtliche Wirkungen haben sollen oder nicht, beginnt der Raum für die Bedingungen." Diese energische Einsprache beruht (wie insbesondere auch aus Windscheid's Ausführung in §. 86 Note 4 hervorgeht, vgl. auch Schönemann S. 31 fg.) auf einem auffallenden Mißverständniß, wovor schon System II §. 82 Note 3 g. E. gewarnt wurde: auf der Verwechslung der Thatsache der Erklärung des Willens mit dem Inhalt der Willenserklärung. Die bedingte Willenserklärung ist nicht die bedingte Erklärung eines Willens, sondern die Erklärung eines bedingten Willens: gewollt, erklärt, contrahirt, instituirt, überhaupt gehandelt ist allerdings sofort, aber eben nur für einen gewissen Fall: das Sichsetzen des Willens als Thatsache (Akt) ist allerdings unbeschränkbar (er wird gesetzt oder nicht gesetzt), aber das Gesetztsein ist beschränkbar, indem der Wille sowohl als unabhängiger (kategorischer) wie als abhängiger (bedingter) gesetzt werden kann. Darum fällt der Abschluß des bedingten Rechtsgeschäfts in den Moment der Erklärung des bedingten Willens und sind alle darauf bezüglichen Fragen nach diesem Moment zu beurtheilen (und mehr als dies sagen auch Stellen wie L. 8 pr. D. de peric. 18. 6. L. 8. pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 78 pr. D. de V. O. 45. 1. L. 26 D. de stip. serv. 45. 3 nicht): aber der Bestand des erklärten Willens sowie des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ist eben noch in Frage und damit per consequens auch die Wirksamkeit desselben. Wenn „die Existenz des Gewollten" von der Bedingung abhängt, muß da nicht auch „die Existenz des Willens" von der Bedingung abhängen? Aus welchem andern Grunde ist denn die gewollte Wirkung eine beschränkte, als weil die Ursache (das Wollen) beschränkt ist? Jeder der will, will etwas: er kann aber das, was er will, unbedingt oder bedingt wollen: daher hat sich denn auch niemand noch, wie Windscheid Note 2 meint, durch die unvollständige Formel: ich will, wenn — täuschen lassen, da es sich ganz von selbst versteht, daß das Wollen ein Objekt haben muß (System II S. 72. 77). Wenn die Bedingung, wie Schönemann S. 44 und Windscheid meinen, in der That „den Willen nichts anginge", wenn die Bedingung sich wirklich weder auf die Existenz des Willens noch auf die Existenz des Rechtsgeschäfts, sondern nur auf die Existenz der Wirkungen des Rechtsgeschäfts bezöge, wie konnte Windscheid doch noch (S. 193) von einem „bedingten Willen" (statt bloß von einem bedingenden Willen) und von einem bedingten Vermächtniß, Kauf u. s. w. sprechen

(§. 91 Note 1)? So fällt denn Windscheid, wie nicht anders möglich, überall in die von ihm bekämpfte Anschauung selbst wieder zurück. Vollends verkehrt ist es, wenn Schönemann S. 32 fg. 52 fg. den Satz aufstellt, daß die Suspensivbedingung die Perfektion des Rechtsgeschäfts nicht hindere, und um den offenbaren entgegengesetzten Ausspruch der röm. Quellen zu beseitigen, zwischen Perfektion im römischen und im modernen Sinne unterscheidet (S. 31 fg. 36. 44. 46). Die Perfektion des heutigen Rechts ist in keiner Beziehung von der des römischen Rechts verschieden: oder wird heutzutage etwa jemand von einem Kauf sagen, er sei perfekt, solange die Preisbestimmung noch mangelt? Vgl. auch Arndts in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 5 S. 163. Schönemann verwechselt Abschluß und Rechtsbestand (Vollbestand) des Geschäfts: so lange die Bedingung nicht erfüllt ist, ist das Geschäft zwar geschlossen, aber noch nicht vollgültig zu Stande gekommen (perfekt) und deßhalb auch nicht vollwirksam: das Geschäft ist vorerst nur ein mögliches (potentielles) und wird erst durch die Erfüllung der Bedingung ein wirkliches (aktuelles). Daher sprechen die Quellen davon, daß erst mit Eintritt der Bedingung negotium perficitur (L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 8 pr. D. de peric. 18. 6) und sagen wohl auch geradezu, daß der bedingte Kauf erst mit Erfüllung der Bedingung ein wirklicher Kauf werde (vgl. §. 1083. System II §. 82 Note 58). L. 10 §. 4 D. de J. D. 23. 3. Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est: namque hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum: secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio. L. 10 §. 5 L. 17 §. 1 eod. (Vgl. Arndts, Pandekt. §. 399.) Und nur von diesem Standpunkt der Bedingtheit des Rechtsgeschäftes selbst, nicht bloß der Wirkungen desselben, erklärt es sich, wie die Quellen davon sprechen können, daß deficiente conditione das negotium nullum sei, gerade so wie wenn ein Kaufgeschäft ohne Preisbestimmung geschlossen worden wäre (L. 37 D. de contr. emt. 18. 1. L. 8 pr. D. cit. 18. 6. L. 19 D. de her. vend. 18. 4. L. 4 § 2 D. de pact. 2. 14. L. 21 i. f. D. de solut. 46. 3): das bedingte Geschäft ist im Fall der Vereitlung der Bedingung nichtig, nicht bloß unwirksam, weil eben der gewollte Fall nicht eingetreten und für alle anderen Fälle nicht gewollt ist: es findet somit Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Mangels des Willens statt. Daß es bei den Bedingungen zunächst auf die Existenz des Willens und des Rechtsgeschäfts und erst folgeweise auf die Wirksamkeit desselben ankomme, geht auch aus der Behandlung hinzugefügter sog. conditiones juris hervor (System II S. 58 fg.): auch in solchen Fällen hängt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Erfüllung der conditio juris ab, dennoch aber ist die Verfügung in der Regel als unbedingte anzusehen, weil der Disponent nur eine selbstverständliche Voraussetzung der Wirksamkeit seiner Verfügung, nicht eine Beschränkung der Existenz seiner Verfügung ausgesprochen hat. — Es wurde im System II §. 82 Note 3 Savigny's Ansicht, daß die Bedingung eine Selbstbeschränkung des Umfangs des Willens sei, bekämpft und behauptet, daß die Bedingung vielmehr eine Selbstbeschränkung des Daseins des Willens sei. „Der Wille setzt sich, aber indem er sich bedingt setzt, beschränkt er sein Sichsetzen, indem er sein Gesetztsein abhängig macht von der Wirklichkeit eines Umstands: der Wille setzt sich, aber nur für einen gewissen Fall. Die Bedingung gehört somit nicht unter die Kategorie der Quantität, sondern in die Kategorie der Relation." Savigny's Ansicht wird nunmehr von Füger, Erbr. II S. 184 in Schutz genommen: „weil durch die

Bedingung auch der Umfang des Rechts, das unbedingt zugesprochen wird, beschränkt werden kann. Sagt z. B. der Erblasser: ich vermache meinem Neffen einen jährlichen Unterstützungsbeitrag von 100, wird er Doktor, so soll er 200, wird er Soldat 300 jährlich erhalten ....' Es ist mehr als zweifelhaft, ob Savigny diesen Vertheidigungsversuch für sich hätte gelten lassen, bei welchem die Kategorie des Willensumfangs nicht aus dem Wesen der Bedingung abgeleitet und von der Mehr- oder Minderzahl der Fälle, für die sich der Wille setzt, hergenommen, sondern aus der Vergleichung des Umfangs einer bedingten mit einer unbedingten Verfügung gewonnen und auf das Mehr oder Weniger der concreten Quantitätszuwendung bezogen wird. — Der Streit darüber, ob die Bedingung eine Nebenbestimmung sei oder nicht (System II §. 82 Note 3), ist in der That ein unfruchtbarer: es kommt alles darauf an, was man unter Nebenbestimmung versteht. Vgl. Arndts, Pandekt. 3. Aufl. §. 65 Anm. Windscheid §. 86 Note 4 und auch Schönemann S. 54.

[4] Bei der suspensiv bedingten Erbeinsetzung will der Erblasser den Berufenen nur in einem einzigen Fall zum Erben haben, in allen anderen Fällen will er dies nicht. System II §. 82 Note 75. L. 27 §. 1 D. de cond. instit. 28. 7. Heredi, quem testamento pure instituit, codicillis scripsit conditionem: quaero, an ei parere necesse habeat? Modestinus respondit: hereditas codicillis neque adimi potest (§. 2 I. de codic. 2. 25. L. 2 C. cod. 6. 36): porro in defectu conditionis de ademtione hereditatis cogitasse intelligitur. L. 63 §. 7 i. f. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Utique autem testator, nisi expleta sit conditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit....

[5] Über die Unterscheidung von affirmativen und negativen Bedingungen vgl. System II S. 62. Auch in dieser Beziehung ist die in ein Gesetzbuch gar nicht gehörende Definition des §. 696 („die Bedingung ist bejahend oder verneinend, je nachdem sie sich auf den Erfolg oder Nichterfolg der Ereignung bezieht") mißlungen: abgesehen davon, daß man das Eintreten oder Ausbleiben eines Ereignisses füglich nicht Erfolg oder Nichterfolg (höchstens etwa Erfolgen oder Nichterfolgen) nennen kann (vgl. auch Wächter, der Entwurf S. 249), so hätte es doch jedenfalls statt „der" Ereignung „einer" Ereignung heißen müssen, da man sonst unbefangen und unwillkürlich an die Verwirklichung oder Nichtverwirklichung „der Ereignung", somit an die Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung denkt.

[6] Über die Unterscheidung der Bedingungen in potestative, casuelle und gemischte vgl. System II S. 63. 64; über Potestativbedingungen insbesondere vgl. auch Maaßen civilist. Erörterungen Heft 1 (1854) Nr. 1, der mit Recht hervorhebt, daß der röm. Begriff der Potestativbedingung bei Erbeinsetzung eines suus (vgl. auch Francke, das Recht der Notherben §. 4. 5. Schmidt, das formelle Recht der Notherben S. 41 fg.) von der heutigen auf L. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51 gegründeten Auffassung der sog. Potestativbedingung wesentlich verschieden sei. — Über die sog. conditiones juris (selbstverständliche Bedingungen) vgl. L. 12 D. de cond. inst. 28. 7. L. 69 D. de her. inst. 28. 5. System II S. 58 fg. Die Behauptung, daß es sich hierbei überall nur um eine reine Absichtsfrage handle, hat Arndts, Pandekt. §. 66 Anm. 9 auf ihr rechtes Maß zurückgeführt, indem in der That alles darauf ankommt, ob das Nichtwollen im entgegengesetzten Fall noch einen vernünftigen und praktischen Sinn hat. Vgl. auch Windscheid §. 87 Note 8. —

Die Unterſcheidung zwiſchen eigentlichen und uneigentlichen Bedingungen iſt im Syſtem II S. 58 fg. verworfen worden: dieſe Verwerfung mißbilligt Arndts, Pandekt. §. 66 Anm. 10 nicht, während Vangerow, Pandekt. neueſte Aufl. I §. 93 Anm. 1 und Windſcheid §. 87 daran feſthalten. Wie mir ſcheint, ſoll man eher von „eigenthümlichen" als von „uneigentlichen" Bedingungen ſprechen. Wenn ein suus unter einer erfüllten in praesens vel praeteritum geſtellten Bedingung inſtituirt iſt, ſo ſoll favore testamenti die Erbeinſetzung gültig ſein, obwohl der Sohn für den entgegengeſetzten Fall nicht vorſchriftmäßig enterbt worden war (L. 10 §. 1 D. de cond. inst. 28. 7. cf. L. 3 §. 13 D. de bon. lib. 38. 2), ebenſo im Fall der Einſetzung unter einer Poteſtativbedingung (L. 86 pr. §. 1 D. de her. inst. 28. 5) oder unter einer nothwendigen Bedingung (L. 50 §. 1 D. eod.): die ſtarre Formvorſchrift weicht in dieſen Fällen einer billigeren ſachgemäßen Behandlung, indem ſich die ausdrückliche Enterbung für einen Fall, der objektiv gar nicht weiter in Betracht kommen kann, als ebenſo überflüſſig herausſtellt, wie etwa für den Fall, daß der inſtituirte Sohn ohnehin nicht Erbe ſein will (L. 86 pr. cit.): dieſe Abweichung von der Formvorſchrift wird nur damit colorirt, daß man eine ſolche conditio nulla nennt. In gleicher Weiſe liegt der Grund der Zuläſſigkeit der Erbeinſetzung unter der Bedingung: si ille me heredem instituit (L. 71 pr. D. de her. inst. 28. 5) doch nicht darin, daß dieſe Bedingung eine uneigentliche (nulla) iſt, ſondern vielmehr darin, daß eine ſolche Bedingung nichts Captatoriſches enthält. L. 71 pr. cit. Wenn man das Gewicht darauf legt, daß nur jene Bedingung eine eigentliche ſei, welche einen eigenthümlichen, bei Unbedingtheit des Geſchäfts nicht möglichen Zuſtand hervorruft, ſo müßte man auch die reine Poteſtativbedingung eine uneigentliche nennen, da die Quellen von ihr gelegentlich ebenſo wie von der nothwendigen Bedingung ſagen: ejusmodi conditio (institutio) pro pura debet haberi (L. 1 §. 8 D. si quis omissa 29. 4), und ſelbſt bei einer conditio in futurum collata läßt ſich recht wohl denken, daß das gewollte Rechtsverhältniß vom entſcheidenden Moment an gar nicht in Schwebe iſt, wie wenn der Erblaſſer den Erben unter der Bedingung einſetzt, daß es an ſeinem Todestage regne, oder unter einer Bedingung, die noch bei Lebzeiten des Teſtators in Erfüllung gegangen iſt. Auch in L. 16 D. de inj. 28. 3 wird nur daraus argumentirt, daß die conditio in praesens vel praeteritum collata ſofort (bereits bei Errichtung des zweiten Teſtaments) entſchieden iſt.

[7] Über unmögliche Bedingungen vgl. Syſtem II S. 80 fg. und nebſt den daſelbſt Note 82 Angeführten noch Vangerow I §. 93 Anm. 3. II §. 434 Anm. 1 und Windſcheid §. 94. Es iſt bereits a. a. O. (Note 87) ausgeführt worden, daß es in Anſehung der Unmöglichkeit der Bedingung lediglich auf die Zeit ihrer Feſtſetzung, ſomit hier auf die Zeit der Teſtamentserrichtung ankomme (L. 6 §. 1 L. 94 pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 104 §. 1 D. de leg. I. L. 23 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2), und daß daher §. 698 unrichtig formulirt iſt, indem er von einer Anordnung unter einer aufſchiebenden unmöglichen Bedingung auch in dem Falle ſpricht, wenn „die Erfüllung der Bedingung erſt in der Folge unmöglich geworden iſt." (Stubenrauch II S. 530 iſt in Widerſpruch mit ſich ſelbſt.) In dem Fall, wenn der Erblaſſer den Erben unter einer Bedingung einſetzt, deren Erfüllung er irriger Weiſe für unmöglich hielt, fehlt es jedenfalls an dem ernſten Willen der Berufung; arg. L. 61 pr. D. de manum. test. 40. 4. L. 4 §. 1 D. de statu-

lib. 40. 7. Theilweise Unmöglichkeit hat die gleiche Wirkung wie gänzliche Unmöglichkeit; anders natürlich nach R. R.: L. 45 D. de her. inst. 28. 5. L. 6. §. 1. D. h. t. 35. 1. Bangerow II. S. 131.

[8] Über unerlaubte Bedingungen vgl. System II S. 83 fg. Das rein positive Verbot sog. captatorischer Verfügungen (L. 70. 71 D. de her. instit. 28. 5. L. 64 D. de leg. I. L. 1 D. de his quae pro 34. 8. L. 10 §. 1 L. 20 §. 2 D. de condit. inst. 28. 7. L. 11 C. de test. mil. 6. 21. Thibaut, Versuche Bd. 1 Nr. 4. Mühlenbruch Bd. 40 S. 206 fg. Arndts im R. L. S. 937 Pandekt. §. 491 Nr. 4. Bangerow II S. 136. 137. Keller, Grundr. §. 343 Nr. III), welches gegen die in Rom maßlos herrschende Erbschleicherei (Friedländer, Sittengeschichte Roms I S. 229 fg.) gerichtet war, existirt nach österr. Recht mit gutem Grunde nicht: jedermann mag sich sagen, daß letztwillige Verfügungen beliebig widerruflich sind und daher keine feste Aussicht auf künftigen Erwerb zu gewähren vermögen; im übrigen reicht die Vorschrift des §. 542 aus.

[9] Das bürg. Gesetzb. v. J. 1811 ist hiemit von der noch im westgal. Gesetzb. II §. 485 recipirten Ansicht der Sabinianer (cujus sane vix idonea ratio reddi potest. Gaj. III 98. Mühlenbruch Bd. 41 S. 79 fg. Savigny, System Bd. 3 §. 124. Fitting im civ. Arch. Bd. 39 S. 322. Arndts, Pandekt. §. 72 Anm. 4. Bering, Erbr. S. 323 fg. Note 2. Mayer, Lehre von den Legaten I S. 204) zu der Ansicht der Prokulejaner zurückgekehrt, was gewiß nur zu billigen ist. System II §. 82 Note 93. Das preuß. Landr. (I 4 §. 129 fg. 136 fg. I 12 §. 62 fg. 504) ist inconsequent, indem es die unmöglichen Bedingungen für vernichtend, die unerlaubten für nicht beigefügt erklärt: diese Inconsequenz wird mit Recht gerügt von Koch, preuß. Privatr. II §. 829 Nr. I 1. Dem Vorbild des österr. Gesetzb. folgt auch der hess. Entw. Art. 60 Motive S. 46. 47. obgleich das franz. Recht (Cod. civ. a. 900) die römische Bestimmung aufgenommen hat, welcher wieder das sächs. Gesetzb. §. 2125 (der in vielfacher Hinsicht verfehlt ist) und §. 2129 folgt. Trendelenburg, Naturr. S. 268 billigt rundweg die Ansicht der Sabinianer.

[10] Das Nähere über diese unzulässige Bedingung im System II S. 85. 86. Einen interessanten Fall enthält L. 100 D. h. t. 35. 1. Titiae, si non nupserit, ducenta, si nupserit, centum legavit: nupsit mulier: ducenta non etiam centum residua petat: ridiculum est enim eandem et ut viduam et ut nuptam admitti. — Unter „einer verwittweten Person" (§. 700) ist, wie bereits im System II S. 86 hervorgehoben wurde, sowohl ein Witwer als eine Witwe zu verstehen; ebenso wie es in Nov. 22 c. 44 pr. heißt: si quis prohibuerit uxorem ad aliud venire matrimonium, sive etiam uxor maritum (idem namque est utrinque) . . . . L. 3 C. de ind. vid. 6. 40; im westgal. Gesetzb. II §. 488 war ausdrücklich nur von der Witwe die Rede. Der Behauptung unserer Schriftsteller (Rippel IV S. 404. Ellinger zu §. 700. Winiwarter III S. 241. Stubenrauch II S. 541 Nr. 3), daß die angeordnete Beschränkung hinwegfalle, wenn die verwitwete Person in der Folge (nicht bloß bis zur Todeszeit des Erblassers, wie Füger, Erbr. II S. 223. 224 will) ihre Kinder verliere, ist doch wohl beizupflichten; arg. L. 62 §. 2 D. h. t. 35. 1 . . . . . quia magis cura liberorum, quam viduitas injungeretur. Unter „Großjährigkeit" (§. 700) ist die natürliche (physische) zu verstehen; System I §. 37 Note 20. 21; so auch gegen Rippel IV S. 403. 404.

Winiwarter III S. 241. Ellinger zu §. 700. Füger, Erbr. II S. 221 fg. Stubenrauch II S. 540 541. Die Frage, ob die unbeſchränkt geſetzte Bedingung der Nichtverehelichung nicht doch wenigſtens bis zum Beginn der Großjährigkeit befolgt werden müſſe, läßt ſich weder allgemein bejahen (Ellinger zu §. 700. Füger II S. 223) noch allgemein verneinen (Stubenrauch S. 541): es kommt auf die Individualität des Falles an. Die Bedingung, zu einer gewiſſen Zeit oder an einem gewiſſen Orte nicht zu heirathen, iſt immerhin zuläſſig, dafern ſie nicht in fraudem legis geſetzt iſt (L. 62 §. 2 L. 64 §. 1 D. h t. 35. 1); Syſtem II §. 82 Note 105; u. A. Rippel IV S. 403. Stubenrauch II S. 542 Nr. 7. Füger II S. 224 Note*. Unrichtig oder doch (vgl. §. 708) ungenau iſt die Behauptung Zeiller's II S. 668, dem Rippel IV S. 404 folgt, daß die Bedingung, eine (individuell) beſtimmte Perſon nicht zu heirathen, eine auflöſende ſei. — Samml. Nr. 327.

[11] L. 19 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. L. 101 pr. eod. .... cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet ... §. 2. eod. Conditionum verba, quae testamento praescribuntur, pro voluntate considerantur. L. 24 D. de reb. dub. 34. 5. Es kommt ſomit hauptſächlich auf die Auslegung der Willenserklärung des Erblaſſers an: ſo ſchon von vornherein in Anſehung der Frage, ob und inwiefern die Verfügung eine bedingte ſei (L. 109 D. h. t. 35. 1. L. 22 eod. L. 14 pr. D. de leg. III. cf. L. 77 §. 3. D. h. t. 35. 1 und dazu L. 12 D. ut legat. 36. 3), ferner ob die Erbeinſetzung oder nur die Erbportion bedingt ſei (L. 23. 24 D. de cond. instit. 28. 7 .... quia verum est, eos heredes institutos, sed emolumento portionum eventu nuptiarum discretos), endlich und hauptſächlich hinſichtlich des Inhalts der Bedingung; wichtige und intereſſante Beiſpiele ſolcher Willensauslegungen enthalten L. 9. 15. 19. pr. L. 25. 48. 61. 68. 76. 84. 96 pr. L. 101 pr. §. 1. L. 112 §. 1. 2. L. 113 D. h. t. 35. 1. L. 18 D. quando dies 36. 2. L. 3 C. de instit. 6. 25. L. 1 C. de condit. 6. 46. — Eine Auslegungsregel dieſer Art enthält §. 720; vgl. unten §. 18.

[12] L. 13 D. de cond. instit. 28. 7. Ei qui ita hereditatem vel legatum accepit, si decem dederit, neque hereditas neque legatum aliter adquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum adquiri solet. L. 23. 45. 56. 94 pr. D. h. t. Vgl. A. L. R. I 12 §. 491 fg. Über den Fall, wenn Mehrere gemeinſam unter einer Bedingung honorirt ſind vgl. L. 13 pr. §. 1 D. de manum. test. 40. 4. L. 54 §. 1 L. 56 L. 112 pr. §. 2 D. h. t. L. 6 C. de condit. 6. 46 (unpaſſend A. L. R. I 12 §. 498. 499); über den Fall, wenn eine Bedingung in Anſehung mehrerer Perſonen zu erfüllen iſt vgl. L. 112 §. 1 D. cit. L. 3 §. 3 D. de statul. 40. 7. Mühlenbruch Bd. 41 S. 152 fg. Bangerow II S. 131. 132.

[13] L. 2. D. de his quae 34. 8. Quae in testamento scripta essent, neque intelligerentur, quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsa valent. Ebenſo A. L. R. I 12 §. 64. Ganz willkürlich und verwerflich ſind die Unterſcheidungen und Einwendungen, welche Füger II S. 227 fg. macht. Von der unverſtändlichen Bedingung iſt die unver-

ſtändige ſog. perplexe (widerſprechende) Bedingung zu unterſcheiden, welche in die ganze Verfügung einen unlösbaren inneren Widerſpruch bringt und dieſelbe daher vernichtigt. L. 16 D. de her. inst. 28. 5. Si Titius heres erit, Sejus heres esto; si Sejus heres erit, Titius heres esto. Julianus inutilem esse institutionem scribit, quia conditio existere non potest. L. 188 pr. D. de R. J. Ubi pugnantia inter se in testamento inveniuntur, neutrum ratum est. L. 39 D. de man. test. 40. 4. cf. L. 88 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Keller, Grundr. §. 343 Nr. III. lit. B. Nicht zu billigen iſt die Beſtimmung des heſſ. Entw. Art. 60, daß auch eine unverſtändliche Bedingung die letztwillige Verfügung wirkungslos macht: dieſe Beſtimmung ſcheint (Motive S. 46. 47) aus einer Verwechslung der unverſtändlichen Bedingung mit der perplexen hervorgegangen zu ſein. Geradezu unbegreiflich iſt die Vorſchrift des §. 2128 ſächſ. Geſetzb.: „Unverſtändliche oder (?) im Verhältniſſe zu dem Inhalte des letzten Willens widerſinnige Bedingungen aufſchiebender oder auflöſender Art ſind als nicht beigefügt zu betrachten"; ſollten etwa in Zukunft in Sachſen im Fall der L. 16 cit. beide Erben zur Erbfolge gelangen? — Soweit es möglich iſt, iſt die unverſtändliche Bedingung natürlich zu erfüllen. L. 27 D. h. t. 35. 1.

[14] Dieſe Behandlung findet nach R. R. (vgl. Arndts im R. L. III S. 928. Mühlenbruch Bd. 41 S. 187 fg. Vangerow II S. 138) nur bei Vermächtniſſen (L. 12 §. 3 D. de leg. I. L. 40 §. 2 L. 51 pr. L. 87. 89 D. h. t. 35. 1), nicht auch bei Erbeinſetzungen ſtatt, wo vielmehr die unbedingte Inſtitution als die plenior die bedingte abſorbirt und die mehreren Bedingungen als alternativ beigefügt angeſehen werden (L. 27 §. 1. 2 L. 67 D. de her. inst. 28. 5. L. 17 D. de cond. inst. 28. 7): allein dieſe Eigenthümlichkeit bei Erbeinſetzungen hat ihren Grund nur in dem ſpezifiſch römiſchen Grundſatz, daß eine gültige Erbeinſetzung mindeſtens nicht indirekt (cf. L. 17 §. 2 D. de test. mil. 29. 1) durch andere Verfügungen deſſelben Teſtaments aufgehoben werden ſoll (Arndts im R. L. III S. 885 fg.), und iſt daher für das heutige Recht und insbeſondere für das öſterr. Recht unanwendbar.

[15] Es wurde bereits im Syſtem II §. 82 Note 93 hervorgehoben, daß die Beſtimmung des §. 698 über die Wirkungsloſigkeit der Verfügung im Fall der dem Erblaſſer bekannt gewordenen Vereitlung der Bedingung in bewußtem Widerſpruch gegen die entgegengeſetzte Anordnung des A. L. R. I 12 §. 505 getroffen worden (vgl. auch Zeiller II S. 663) und nur zu billigen ſei, da die Nichtabänderung des Teſtaments durchaus keinen ſichern Anhaltspunkt für die Annahme einer Erlaſſung der Bedingung gewährt. Ganz und gar verfehlt und auf einem durchaus unpaſſenden argumentum a contrario beruhend iſt die Anſicht von Rippel IV S. 395 fg. 398 fg., welcher zum Theile auch Füger, Erbr. II S. 210 fg. beipflichtet, daß im Fall der Nichtbekanntſchaft des Erblaſſers mit der (noch bei ſeinen Lebzeiten eingetretenen) Vereitlung der Bedingung die Verfügung als unbedingte wirkſam werde. Dieſe Anſicht verſtößt gegen die Grundſätze von der Concludenz einer Handlung (Syſtem II §. 85 a. E.): denn wie will man aus dem einfachen Nichtwiſſen auf den Änderungswillen im Fall des Wiſſens ſchließen? Sie iſt ferner in Widerſpruch mit der Behandlung der bereits zur Zeit der Teſtamentserrichtung unmöglichen Bedingung: denn bei dieſer kommt es doch gewiß auf das Wiſſen oder Nicht-

wiſſen des Erblaſſers weiter nicht an (was aber freilich Füger II S. 205 fg. in flagrantem Widerſpruch mit der kategoriſchen Anordnung des §. 698 in Abrede ſtellt), und wie ſollte für die vereitelte Bedingung in dieſem Punkt etwas anderes gelten können als für die von vornherein unmögliche oder für die erſt nach dem Tode des Erblaſſers vereitelte Bedingung? Sie wird endlich durch die Analogie des §. 701 nicht geſtützt (wie Nippel meint), da dieſe Analogie gar nicht vorhanden iſt: denn im Fall des §. 701 iſt das zur Bedingung geſtellte Ereigniß bereits eingetreten und es handelt ſich nur noch darum, ob daſſelbe dem Willen des Erblaſſers gemäß nochmals verwirklicht werden müſſe oder nicht, während im Fall des §. 698 die Bedingung ein für allemal vereitelt iſt; nicht minder unpaſſend iſt die (von Füger herbeigezogene) Analogie des §. 710, da eben zwiſchen Suspenſivbedingung und Modus ein prinzipieller Unterſchied beſteht (Syſtem II §. 84), den Füger eben gänzlich verkennt. Überdies heißt es im A. L. R. I. 12 §. 506 ausdrücklich: „Iſt die eingetretene Unmöglichkeit dem Erblaſſer unbekannt geblieben oder gar erſt nach deſſen Ableben entſtanden, ſo wird die Erbeinſetzung oder das Vermächtniß entkräftet.“ Gegen die hier bekämpfte Anſicht haben ſich auch Winiwarter III S. 237. 238. Stubenrauch II S. 530 Note ++ und Ellinger zu §. 698 erklärt.

[16] Läßt ſich auf dem Wege der Auslegung feſtſtellen, daß der Wille des Erblaſſers nicht auf den wirklichen Vollzug der zur Bedingung gemachten Handlung, ſondern nur auf die Bereitwilligkeit dazu, oder nicht auf die vollſtändige Verwirklichung der Bedingung, ſondern nur auf möglichſte Erfüllung derſelben nach Kräften oder nach dem Stande der Dinge gerichtet iſt, ſo iſt dem in erſter Linie maßgebenden Willen des Teſtators gemäß der Inſtituirte zur Erbfolge zuzulaſſen, mag gleich das betreffende materielle Ereigniß ſich gar nicht oder nicht vollſtändig verwirklicht haben. Vgl. Arndts im R. L. III S. 928. Maaßen in der angef. Abh. S. 20 fg. Windſcheid, Pandekt. I. §. 92. Daher wird man auch nach öſterr. Recht die auf das Bleiben (Nichtverlaſſen) bei einer gewiſſen Perſon geſtellte Bedingung für erfüllt anſehen können, wenngleich dieſe Perſon ſtirbt, da vielmehr ſie den Bedachten als der Bedachte ſie verläßt. L. 84 D. h. t. 35. 1. L. 13 §. 1. D. de alim. leg. 34. 1 . . . Quamvis verba testamenti ita se habeant, ut quoad cum Claudio Justo morati essetis, alimenta et vestiarium legata sint, tamen hanc fuisse defunctae cogitationem interpretor, ut et post mortem Justi eadem vobis praestari voluerit. L. 18 §. 1. 2 L. 20 §. 3 eod. L. 20 pr. D. de annuis leg. 33. 1. cf. L. 13 §. 1 eod. Windſcheid Note 8. Desgleichen wird nach öſterr. Recht die Bedingung, die Geſchäfte einer beſtimmten Perſon zu führen, für erfüllt zu halten ſein, wenn der Bedachte hiezu bereit war, die betreffende Perſon aber dieſe Adminiſtration aus anderweitigen Gründen nicht dulden will. L. 13 pr. D. cit. 33. 1 (cf. L. 10 pr. eod.) L. 101 §. 4 D. h. t. 35. 1. Und auch den Fall der L. 12. D. de dote prael. 33. 4. (Mühlenbruch Bd. 41 S. 154. 155) wird man nach öſterr. Recht in gleicher Weiſe entſcheiden müſſen, wie ihn Scävola entſcheidet. Vgl. auch L. 20 §. 3 L. 39 §. 4. D. de statul. 40. 7. L. 40 pr. D. h. t. 35. 1. L. 11 §. 11 D. de leg. III. Vgl. auch Arndts, Pandekt. §. 69 Anm. 2.

[17] L. 161 D. de R. J. (L. 24 D. h. t. 35. 1.) Jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset. L. 57. 66. 78 pr.

L. 81 pr. L. 110 D. h. t. 35. 1. L. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2. L. 3. §. 9 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. L. 20. §. 3. i. f. L. 38 D. de statulib. 40. 7. Über den wahrscheinlichen Ursprung dieser Regel vgl. Ihering, Geist des R. R. II S. 176 Note 235; über ihre Geltung im österr. Recht vgl. System II S. 67.

[18] Das westgal. Gesetzb. II §. 490 hatte noch nach dem Vorbild des A. L. R. I. 12 §. 485 (vgl. I 4 §. 162. 163. I. 9 §. 369. 370) bestimmt: „Stirbt der Erbe oder der Legatar noch vor Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung, so geht das Erbrecht insofern auf ihre Nachfolger über, als die Bedingung auch noch nach derselben Tode erfüllt werden kann." Passender Weise ist das bürg. Gesetzb. v. Jahr 1811 zu den Bestimmungen des R. R. (Stellen der Note i) zurückgekehrt, da (wie schon der Wiener Heineccius I S. 372 erkennt) die Berufung zur Nachfolge höchst persönlicher Natur und das Subjekt der Zuwendung durch den Willen des Erblassers individuell bestimmt ist: der bereits Berufene kann zwar das Recht zur Nachfolge transmittiren (§. 537. 684. 809), nicht aber der noch nicht Berufene die bloße Eventualität berufen zu werden. Vgl. auch Windscheid Pandekt. I. S. 201. 202. L. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5 . . . nec potest intelligi datum ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit (est). L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7 L. 18. D. de R. J. L. 14 §. 3 D. quando dies 36. 2. L. 5 C. de cond. 6. 46. Über das rechte Maß hinaus geht jedoch §. 703, wenn er bestimmt, daß der Bedachte (Erbe wie Legatar) die Erfüllung der Bedingung „überleben" müsse: es genügt, daß er sie „erlebt" habe; L. 103. D. h. t. 35. 1. Si ita legatum sit: Titio post decem annos dato, si satis ab herede non exegerit, et Titius intra decimum annum decessit, ad heredem suum transmittit legatum, quia moriente eo conditio exstitit. L. 104 §. 6 D. de leg. I §. 4 I. de verb. obl. 3. 15.

[19] Zeiller II S. 678 und Stubenrauch II S. 535 Note** behaupten, daß auch in einem solchen Falle der interimistische Besitz und Genuß der Erbportion den gesetzlichen Erben gebühre; Ellinger zu §. 707 und Füger, Erbr. II S. 194 fg. dagegen, daß dem ernannten Vulgarsubstituten, nicht den Intestaterben, der Genuß der Erbschaft einzuräumen sei, so lange die Bedingung der Institution schwebe. Beide Behauptungen sind unrichtig: die letztere, weil die Vulgarsubstitution an sich eine bedingte Erbeinsetzung ist (unten §. 19), also zwischen dem Vulgarsubstituten und den Intestaterben selbst wieder dasselbe Verhältniß stattfinden muß, wie zwischen diesen und dem bedingt Instituirten; die erstere, weil das sog. Accrescenzrecht im Grunde nur ein jus non decrescendi ist (unten §. 38) und den ohne Theilbestimmung eingesetzten Erben die ganze Erbschaft so lange ungeschmälert gebührt, als ihnen nicht durch das Miterbrecht des bedingt Instituirten Concurrenz gemacht wird.

[20] Nach röm. Recht kann der bedingt Instituirte, dafern das Testament nur sonst rechtsbeständig ist (L. 6 D. de b. p. s. t. 37. 11), während des Schwebens der Bedingung eine secundum tabulas bonorum possessio erlangen (L. 2. §. 1 L. 5 pr. L. 10. 12 i. f. D. eod. L. 3. §. 13 D. de b. p. contr. tab. 37. 4) gegen Leistung einer Caution, daß im Fall der Vereitlung der Bedingung die Erbschaft unvermindert sammt den mittlerweile bezogenen Früchten jenen restituirt

werde, welche alsdann die zur Erbfolge Berechtigten sind. L. 12 D. qui satisd. 2. 8. L. 1 §. 7 D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 8 pr. D. de stipul. praetor. 46. 5. Mühlenbruch Bd. 41 S. 190 fg. Arndts im R. L. III S. 930. 931 Pandekt. §. 539. Leist, die bon. poss. II 2 S. 304. Über die gemeinrechtliche Praxis vgl. Mühlenbruch S. 206 fg. Die dem preuß. Landr. I 12 §. 478 fg., welches Huschke im Rh. Mus. VI S. 323 mit Unrecht tadelt, nachgebildete Bestimmung des §. 707 (westgal. Gesetzb. II §. 495) ist nur zu billigen (cf. L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1), indem hiemit dem Willen des Erblassers Genüge geschieht, ex cujus voluntate der bedingt instituirte Erbe moram patitur (System II §. 82 Note 73), da auch in diesem Fall per conditionem dies demonstratur, d. h. da die Bedingung im Sinne des Erblassers zugleich eine Befristung, das Wenn ein Wann enthält. cf. L. 36 §. 1 D h. t. 35. 1. L. 25 C. de test. 6. 23. (L. 64 D. de V. O. 45. 1.) L. 59 §. 6 i. f. D. de her. inst. 28. 5. Vgl. jetzt noch Windscheid Pand. I §. 91. Dem preuß. und österr. Recht ist auch das sächs. Gesetzb. §. 2013. 2505 und der hess. Entw. Art. 62. 64 gefolgt.

[21] Man behauptet zwar gewöhnlich, daß auch im Fall der Instituirung mehrere Erben ohne Theilbestimmung die Erbportion des unter einer in Erfüllung gegangenen Resolutivbedingung oder unter einem Endtermin berufenen Erben an die Intestaterben falle, weil das sog. Zuwachsrecht durch den erfolgten Erbschaftserwerb ausgeschlossen werde (§. 560 fg.). Zeiller II S. 680. Rippel IV S. 412. Winiwarter III S. 250. Ellinger zu §. 708. Stubenrauch II S. 539 Nr. 6. Allein man übersieht hierbei, daß es sich hier gar nicht um die Geltendmachung des Zuwachsrechts, sondern um die Ermittlung des stillschweigend fideicommissarisch Substituirten, somit um die Erforschung und Befolgung des Willens des Erblassers handelt, welcher die übrigen Erben, die er zur ganzen Erbschaft beruft, durch Ernennung eines Miterben unter einer Resolutivbedingung oder einem Endtermin eben nur auf gewisse Zeit beschränken will.

[22] System II §. 82 Note 74. Das bürgerl. Gesetzb. behandelt nach dem Vorbild des preuß. Landr. I 12 §. 489 die beigefügte Resolutivbedingung passender Weise wie die Anordnung einer fideicommissarischen Substitution, wie dies schon das röm. Recht bei Militärtestamenten thut, während es bei Testamenten von Nichtsoldaten die beigefügte Resolutivbedingung bekanntlich pro non scripta erklärt (§. 9 I. de her. inst. 2. 14. L. 34. 88. D. eod. 28. 5). L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1. Miles ita heredem scribere potest: *Quoad vivit Titius heres esto: post mortem ejus Septicius.* Sed si ita scripserit: *Titius usque ad annos decem heres esto*, nemine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit. L. 15 §. 4 eod. L. 8 C. eod. 6. 21. Mühlenbruch Bd. 41 S. 266. 267. Bd. 42 S. 101 fg. Reuner, die her. instit. S. 486. 487. Dieselbe Behandlungsweise befolgen das sächs. Gesetzb. §. 2123. 2506 und der hess. Entw. Art. 64 (jedoch mit unrichtiger Schlußtextirung) Art. 65. — Ganz bedeutungslos sind die Einwendungen Füger's II S. 191. 192: er verwechselt Resolutivbedingung und bedingten Endtermin.

[23] „Das bürg. Gesetzb. unterscheidet im §. 708 nicht weiter, ob die negative Bedingung eine potestative ist oder nicht, sondern stellt (abweichend vom gem.

Recht, wonach die cautio Muciana nur bei negativen Potestativbedingungen stattfindet) für alle Fälle der verneinenden Bedingung, also auch wenn es sich um eine conditio mixta oder casualis handelt, die gleiche Regel auf. Hierin aber geht das Gesetzbuch wohl weit über die Grenzen des Bedürfnisses hinaus: warum soll die gleiche Begünstigung in dem Fall eintreten, wenn A unter der Bedingung zum Erben eingesetzt ist, daß er die B nicht heirathe (cf. L. 106 D. h. t. 35. 1), oder gar unter der Bedingung, daß der C die D nicht heirathe, daß der E nicht außer Landes gehe, daß der F nie in Militärdienst trete?" System II §. 82 Note 45.

[24] Im System II S. 67. 68 wurde in Übereinstimmung mit der Natur der Sache und im Einklang mit der herrschenden Lehre der Satz aufgestellt, daß negative Bedingungen erst dann erfüllt seien, wenn das factum contrarium nicht mehr eintreten kann. Gegen diese Ansicht hat sich Füger II S. 197. 198, der übrigens in hypersubtiler Weise noch zwischen Nichterfüllung und Vereitlung der Bedingung unterscheidet (S. 192. 204. 205), erklärt und behauptet mit durchschossenen Lettern, „es sei keineswegs ein wesentliches Kriterium der Erfüllung einer negativen Bedingung, daß die untersagte Handlung nicht mehr unternommen werden könne." „Wird eine negative Bedingung" — fährt Füger fort — „durch eine gewisse Zeit oder auf andere Art ausdrücklich begrenzt, so ist die Bedingung schon als erfüllt anzusehen, wenn die untersagte Handlung innerhalb dieser Begrenzung nicht unternommen wurde, wenngleich es noch möglich wäre, sie später zu unternehmen. Verfügt z. B. der Erblasser: A soll mein Erbe sein, wenn er binnen drei Jahren keine Reise unternimmt, oder: A soll ein Legat bekommen, wenn er bis zur erlangten Großjährigkeit nicht Soldat wird, so ist die Bedingung als erfüllt anzusehen, wenn A innerhalb des bestimmten Zeitraums keine Reise unternahm oder nicht Soldat geworden ist, ungeachtet es ihm noch immer möglich wäre, in der Folge die untersagte Handlung zu unternehmen." Sollte Füger etwa wirklich meinen, daß man noch nach 3 Jahren „binnen 3 Jahren eine Reise unternehmen," oder noch nach erreichter Großjährigkeit „vor erlangter Großjährigkeit" Soldat werden könne?! Und ist denn nicht stets und von allen Seiten (Savigny, System III S. 137. Stubenrauch II S. 535. System II S. 68), wie anders gar nicht möglich, gelehrt worden, daß eine auf eine bestimmte Zeit beschränkte negative Bedingung dann erfüllt sei, wenn diese Zeit abgelaufen ist, ohne daß die verpönte Thatsache eingetreten ist?

[25] Nach R. R. findet bekanntlich die Gestattung der Leistung der Mucianischen Caution bei Vermächtnissen in der Regel (Ausnahmen: L. 72 pr. §. 1 D. h. t. 35. 1) nur dann statt, wenn erst der Tod des Honorirten ein Entgegenhandeln unmöglich macht. L. 72 §. 2 L. 73. 101 §. 3 L. 106 D. h. t. 35. 1. L. 65 §. 1 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Mühlenbruch Bd. 41 S. 254 fg. 259 fg. Bei Erbeinsetzungen jedoch gehen einige (wie Arndts im R. L. III S. 932; Brinz S. 953 selbst bei Legaten) über diese Schranke hinaus, während Andere (wie Bangerow II §. 436 Anm. Nr. II) an ihr festhalten. Das österr. Gesetzb. hat für Vermächtnisse wie für Erbeinsetzungen jene Schranke fallen lassen, was in Ansehung von Erbeinsetzungen wenigstens gewiß zu billigen ist. (Nur darf man sich dafür auf gemeinrechtlichem Boden nicht auf L. 7 pr. D. h. t. si Stichum non manumiserit nicht berufen, wie dies Arndts Note 154 thut: die auffallend gefundene [Müh-

lenbruch Bd. 41 S. 261 fg.] Zulaſſung der Cautionsleiſtung bei einem Legat unter jener Bedingung erklärt ſich wohl einfach aus der Rückſicht auf das ſonſt gefährdete Leben des Sclaven; vgl. auch Mayer Lehre von den Legaten I §. 37 Anm. 2; zu weit geht m. E. Bangerow Nr. I 3 lit. b). — Während auf dieſe Art für Erben und Legatare, welche unter einer negativen (Poteſtativ-)Bedingung honorirt ſind, ausreichend geſorgt iſt, ſieht man ſich vergebens nach einer Hülfe für den Fall affirmativer Poteſtativbedingungen um, deren Erfüllung gleichfalls erſt mit dem Tode des Bedachten entſchieden iſt. Gewiß kann man die der Honorirung zugefügte Bedingung, „wenn der Bedachte, ſo lange er lebt, jeden Sonntag in die Kirche geht", nicht mit Bangerow II S. 152 für eine ungeachtet der affirmativen Faſſung negative Bedingung halten, indem es auf daſſelbe hinauskomme, als ob der Erblaſſer geſagt hätte, „wenn der Honorirte keinen Sonntag die Kirche verſäumt." In dieſer Weiſe könnte man jede affirmative Bedingung in eine negative verwandeln, z. B. die affirmative Bedingung „wenn A die B heirathet" in die negative „wenn A die Ehelichung der B nicht verabſäumt." Für Bangerow's Anſicht ſpricht denn auch weder die von ihm angezogene L. 101 §. 3 D. h. t. 35. 1, denn Beiſammenbleiben (in matrimonio perseverare) heißt in der That ſo viel als Sichnichttrennen (si non diverterit, cf. L. 8 D. h. t. 35. 1), noch Mühlenbruch Bd. 41 S. 256. 257, auf den ſich Bangerow mit Unrecht beruft. Nur ſoviel kann höchſtens zugegeben werden, daß eine affirmative (auf die Vornahme einer Handlung gerichtete) aufſchiebende Bedingung ausnahmsweiſe als eine negative aufſchiebende betrachtet und behandelt werden könne, wenn es ſich dem Willen und der Anſchauung des Erblaſſers gemäß um die Fortdauer eines Zuſtandes handelt, ſo daß die Vornahme der betreffenden Handlung die Nichtunterbrechung des status quo bedingt; etwa wenn der Erblaſſer geſagt hätte: „wenn A wie bisher ſo auch ſein ganzes Leben hindurch jeden Sonntag in die Kirche geht." Wie aber, wenn dies bisher nicht der Fall war, wenn es ſich alſo nicht um Erhaltung (Nichtänderung) ſondern um Begründung eines fortdauernden Verhältniſſes handelt (z. B. A ſoll mein Erbe ſein, wenn er jedes Jahr an meinem Todestage mein Grab beſucht)? Da die ratio juris hier ebenſo zutrifft, wie bei den negativen Poteſtativbedingungen, ſo wäre es m. E. wohl geſtattet, jene (aber auch nur jene) affirmativen Poteſtativbedingungen, deren Erfüllung erſt mit dem Tode des Bedachten ſich entſcheiden kann, nach Art aufſchiebender negativer Poteſtativbedingungen zu behandeln. — Füger II S. 188 hat in ſolchen Fällen freilich leichtes Spiel, da er die Bedingung: „A ſoll mein Erbe ſein, wenn er an den Marientagen keine Wallfahrt unternimmt" für auflöſend verneinend, und die Bedingung: „A ſoll mein Erbe ſein, wenn er an jedem Marientage eine Wallfahrt nach Mariazell unternimmt" für eine auflöſende bejahende hält!

[26] Das weſtgal. Geſetzb. II §. 491 war noch den Beſtimmungen des R. R. über die cautio Muciana (vgl. darüber die Syſtem II §. 82 Note 43 angef. Schriftſteller und Roßhirt, Lehre von den Vermächtniſſen I S. 381 fg.) gefolgt, dem ſich auch das ſächſ. Geſetzb. §. 2147 anſchließt. Ganz vereinzelt ſteht die grundloſe Behauptung Winiwarter's III S. 251. 249, daß §. 708 ſich nur auf verneinende auflöſende Bedingungen beziehe und daß bei aufſchiebenden negativen Poteſtativbedingungen auch nach öſterr. Recht die Mucianiſche Caution zu leiſten ſei; vgl. dagegen auch Stubenrauch II S. 538 Note ***.

[27] Eine nicht zu billigende (System II §. 82 Note 46) Folge dieser Gleichstellung besteht darin, daß der bedingt Instituirte, welcher der Bedingung zuwiderhandelt und daher die Erbschaft restituiren muß, dennoch die Früchte der Zwischenzeit lucrirt, was gewiß dem Willen des Erblassers zuwider ist, der den Instituirten eben nur für den Fall der Unterlassung der verpönten Handlung honoriren wollte, und zur Verkürzung der Nacherben führt in Widerspruch mit dem gerechten Satz: Praetor beneficium suum nemini vult esse captiosum (L. 8 pr. D. de stipul. praet. 46. 5). Mit Recht geht denn auch die Mucianische Cautionsleistung darauf, daß im Fall der Vereitlung der Bedingung die Erbschaft (cf. L. 7. 18 D. h. t. 35. 1) resp. das Legat sammt den mittlerweile bezogenen Früchten restituirt werde. L. 79 §. 2 D. h. t. 35. 1. Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit, stipulatione commissa etiam fructus heredi restituet; hoc enim legatarius et in exordio cavere cogitur. L. 76. §. 7 D. de leg. II. Qui Mucianam cautionem alicujus non faciendi causa interposuit, si postea fecerit, fructus quoque legatorum, quos principio promitti necesse est, restituere debet. Nov. 22 c. 44 §. 2. — Wer sind aber in diesem Fall die restitutionsberechtigten Nacherben? Wie steht es insbesondere, wenn ein Vulgarsubstitut ernannt oder ein Miterbe ohne Theilbestimmung instituirt wurde? In diesen Fällen, worauf unsere Schriftsteller keine Rücksicht zu nehmen pflegen, wird man doch wohl berechtigt sein, jenen Ausspruch: beneficium nemini esse captiosum zu Ehren und zur Geltung zu bringen und unter der dem bedingt Instituirten zum Vortheil gereichenden und nur in seinem Interesse vorzunehmenden Verwandlung der aufschiebenden Bedingung in eine auflösende andere Personen nicht leiden zu lassen. Es wird daher nicht nur gestattet sondern geradezu geboten sein, die Vulgarsubstitution in eine fideicommissarische Substitution zu verwandeln, da im Fall der Contravention die Bedingung, unter der Primus Erbe sein solle eben vereitelt ist, und hiemit substituto locus fit, der doch darunter nicht leiden kann, daß bis zur Entscheidung über die Erfüllung resp. Vereitlung der Bedingung nicht wie sonst der Intestaterbe (§. 707), sondern aus Billigkeitsgründen der bedingt Instituirte den Besitz und Genuß der Erbschaft hatte, daher denn auch nach gem. Recht die Mucianische Caution dem Vulgarsubstituten geleistet werden muß. Arndts Beitr. I S. 189 fg. im R. L. III 933. 934. Pandekt. §. 495 Anm. 3. Mühlenbruch Bd. 41 S. 194 fg. Pangerow II §. 436 Anm. Nr. III. Ebenso wird man, wie man auch sonst immer denken mag (Anm. 21), im Fall der Contravention die ohne Theilbestimmung berufenen Miterben für die restitutionsberechtigten Nacherben halten müssen, denen ja gleichfalls nach R. R. die Mucianische Caution zu leisten ist. L. 18 D. h. t. 35. 1. Is cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem jure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertinere potest.

bb) Befristung.

§. 17.

Der Erbeinsetzung können auch Zeitbestimmungen[1] wirksam beigefügt werden und zwar sowohl Anfangs- als Endtermine, indem

die Verfügung wie die stillschweigende Anordnung einer fideicommissarischen Substitution angesehen und behandelt wird (§. 707. 708)[a]. Ist als Anfangstermin ein ungewisses Ereigniß gesetzt (sog. dies incertus an), so enthält die Zeitbestimmung zugleich eine Suspensivbedingung (§. 704), das Wann (Sobald) zugleich ein Wenn (Dafern)[b]. Ist hingegen das Ereigniß von solcher Beschaffenheit, daß es irgend einmal eintreten muß (sog. dies incertus quando), so wirkt es als reine Betagung (§. 705), und der Erblasser müßte ausdrücklich erklären, daß der Bedachte den Eintritt des Ereignisses erleben müsse, wenn die betagte Verfügung zugleich als bedingte gelten und wirken soll[2]. Wenn als Endtermin ein ungewisses Ereigniß bestimmt ist[c], so wird jener dadurch zu einem bedingten und ist in allen Fällen für nicht beigefügt zu halten, in denen die gleiche Beschränkung als Resolutivbedingung für nicht gesetzt gelten würde (§. 698. 700)[d]. Ist der Anfangstermin ein unmöglicher[3], so ist die letztwillige Verfügung ungültig; kann der Endtermin nie kommen, so wird er nicht weiter berücksichtigt (§. 706)[e]. Ein erweislicher Irrthum des Erblassers in der Zeitbestimmung ist nach seinem wahrscheinlichen Willen zu berichtigen (§. 706).

Anm. [1] Über das Wesen der Befristung vgl. System II §. 83 und jetzt noch Windscheid Pandekt. §. 96. 96a. Es ist allerdings zuzugeben, daß die befristete Willenserklärung gleich der bedingten „nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines einigen, so geeigenschafteten Willens ist." Windscheid §. 96 Note 2. Arndts Pandekt. 4. Aufl. §. 65 Anm. Dennoch kann nicht zugegeben werden (System II §. 83 Note 3), daß auch für die Beweislast das nemliche gelten müsse wie bei der Bedingung, daß also nicht der Beklagte die Betagtheit, sondern der Kläger die Unbetagtheit des Geschäfts beweisen müsse, wie Windscheid §. 96 Note 2 und neuerlichst insbes. Arndts in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 5 S. 14 fg. 17 fg. 21 behaupten. System II S. 576. 577. Gibt doch Windscheid §. 96 Note 5 selbst zu, daß man gewöhnlich und auch in den röm. Quellen (wenngleich ungenau) das befristete Recht schon als an sich existirend und nur in Ansehung seiner Ausübung zeitlich gehemmt ansehe und daß praktisch kein Unterschied sei zwischen einem Anfangstermin und einem pactum de non petendo intra certum tempus: daß aber in letzterem Fall der Beklagte, der sich dadurch vor sofortiger Erfüllung zu schützen sucht, den Beweis desselben führen müsse, ist

[a] cf. L. 41. pr. L. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1. L. 8 C. eod. 6. 21. System II §. 83 Note 6. 28. [b] L. 21 pr. L. 22. pr. L. 18 D. quando dies 36. 2. L. 9. 25. 36 §. 1. L. 72 §. 5 D. de condit. 35. 1. L. 30 §. 4. 5. L. 49 §. 2 D. de leg. I. L. 3. 4. C. quando dies 6. 53. L. 8 C. de test. manum. 7. 2. System II S. 91. fg. [c] System II S. 94 fg. [d] Vgl. unten §. 58 a. E. [e] System II S. 97. 98.

außer Zweifel. — Über den eigentlichen Grund der römischrechtlichen Unwirksamkeit des Anfangstermins bei Erbeinsetzungen in Testamenten von Nichtsoldaten (L. 34 D. de her. inst. 28. 5. §. 9 I. eod. 2. 14) vgl. Köppen die Erbschaft S. 100. 101. Brinz Pandekt. S. 772.

[2] Es findet also nach österr. Recht die gesetzliche Interpretationsregel: dies incertus (quando) conditionem in testamento facit (L. 75 D. de cond. et demonstr. 35. 1) nicht statt. A. M. mit Unrecht Zeiller II S. 673 Nr. 3 (auch das Nr. 2 Gesagte ist zum Theil unrichtig); dagegen auch Rippel IV S. 409. Elinger zu §. 704. Winiwarter III S. 246 (jedoch mit Unrichtigkeiten in der Note*). Über Bedeutung und Umfang dieser Auslegungsregel des R. R. (welche auch das sächs. Gesetzb. §. 2149 recipirt hat) vgl. nebst den System II §. 83 Note 14 Angeführten noch Arndts Pandekt. §. 555 und im R. L. VI S. 304. 305. Brinz Pandekt. S. 949 fg. Mayer Lehre von den Legaten I §. 40 und insbes. Maaßen civilist. Erörter. Hft. 1 Nr. 2; über den Grund derselben: Maaßen S. 39. Diese Regel galt nach R. R. nicht nur bei Vermächtnissen, sondern auch bei Erbeinsetzungen, was Schömann Handb. des Civilr. I Nr. 6 mit Unrecht geläugnet hat; vgl. dagegen auch Mühlenbruch Bd. 41 S. 272 fg. Nur darf man sich dafür nicht so kategorisch wie Maaßen S. 26 (gleich dem Wiener Heineccius I S. 365. 366) es thut, auf L. 9 C. de her. inst. 6. 24 berufen, da in dieser Stelle nach den meisten Handschriften: cum (sc. heres) morietur, nicht cum quis (Tertius) morietur zu lesen ist (vgl. auch Mühlenbruch S. 272) und selbst im letzteren Falle über die Behandlung einer solchen Erbeinsetzung nichts näheres bestimmt wird. Dagegen spricht dafür ganz entschieden L. 104 §. 6 D. de leg. I., eine Stelle, welche in der Regel übersehen wird und woraus auch ein Argument gegen die von Brinz urgirte Beschränkung jener Regel hergeholt werden kann (cf. L. 1 §. 18. 19 D. de coll. 37. 6).

[3] Ist der Anfangstermin nur weit hinausgeschoben, so muß er dennoch berücksichtigt werden. L. 21. pr. D. quando dies 36. 2 . . . . . (Dies) adjecta quamvis longa sit, si certa est, veluti Calendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. Hftzldkrt. v. 16. Nov. 1826. Michel II Nr. 1105.

cc) Auflage.

§. 18.

Der Erbeinsetzung können auch Auflagen hinzugefügt werden (§. 709 fg.)[1]. Steht es fest, daß der Erblasser wirklich einen Auftrag, nicht etwa bloß einen Rath oder eine Empfehlung (§. 711)[a] habe ertheilen wollen, so muß die Auflage, sie mag auf ein Thun oder Lassen gerichtet sein[b], vom Bedachten innerhalb angemessener

[a] L. 71 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 114 §. 14. D. de leg. I. L. 38 §. 4 L. 93 pr. D. de leg. III. System II S. 102. Westgal. Gesetzb. II §. 498. [b] L. 17. §. 4. L. 40 §. 5 D. de cond. 35. 1. L. 80. 92 eod. L. 1 C. de his quae sub modo 6. 45.

Zeit (arg. §. 904) erfüllt werden. Geht der Auftrag von vornherein auf etwas Unmögliches oder Unerlaubtes, so wird er nicht weiter berücksichtigt (arg. §. 709 / 698)[c]. Kann der Auftrag nicht vollständig oder nicht genau erfüllt werden, so ist er doch nach Möglichkeit auszuführen (§. 710)[d]. Durch selbstverschuldete Nichterfüllung verwirkt der Bedachte das ihm Zugewendete zu Gunsten der durch ihn Beschränkten (§. 709. 710)[2]; er behält es dagegen im Fall unverschuldeter Nichterfüllung, dafern nicht ein anderer Wille des Erblassers erweislich ist[e] (§. 710)[3]. Überdies kann unter Umständen auf Erfüllung des Auftrags geklagt werden[f] und ist von dem Abhandlungsgericht für Vollziehung der Auflage Sorge zu tragen[g] (§. 817. 819)[4].

Der Erblasser kann an die Nichterfüllung der Auflage besondere nachtheilige Wirkungen knüpfen[h], so namentlich die Entrichtung eines Vermächtnisses oder die Einsetzung eines Miterben[5]: eine Anordnung dieser Art ist jedoch ungültig, wenn der Auftrag auf Vornahme einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung resp. auf Unterlassung einer rechtlich oder sittlich gebotenen Handlung gerichtet ist (§. 712)[6].

Das Verbot der Bestreitung der letztwilligen Verfügung erstreckt sich nicht auf die Bestreitung ihrer Echtheit oder ihres Sinnes (§. 720)[7].

Anm. [1] System II §. 84. Vgl. nebst den daselbst Note 1 angef. Schriftstellern noch Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 1 Nr. 4. Brinz krit. Blätter I S. 29 fg. Pandekt. I §. 106. Windscheid Pandekt. 1 §. 97 ... 100. Soweit meine Einsicht zur Zeit reicht, will es mir denn doch scheinen, daß die von Windscheid aufgestellte allgemeine Kategorie der Voraussetzung richtig und ersprießlich sei und daß insbesondere die Auflage (Modus) nur insofern (vgl. Anm. 5) eine Selbstbeschränkung des Willens genannt werden könne, als der Wille die Erfüllung der Auflage zur Voraussetzung seines Bestandes macht, indem er sich in der That nur in der bestimmten Erwartung eines gewissen Ereignisses setzt: alias non relicturus. L. 28 §. 1 L. 32 D. de excus. 27. 1. L. 1 §. 3 D. ubi pupill. 27. 3. (Vgl. jedoch zu diesen Stellen Erxleben, die condictiones sine causa II S. 285 fg.

[c] L. 37. 71 §. 2 D. de cond. 35. 1. L. 7 i. f. D. de annuis leg. 33. 1. cf. L. 113 §. 5 D. de leg. I. [d] L. 16 D. de usu leg. 33. 2. L. 4 D. de admin. rer. 50. 8. L. 27 D. de cond. 35. 1. cf. L. 14 §. 2 D. de leg. III. [e] L. 17 pr. D. de leg. II. cf. L. 7 D. de fid. lib. 40. 5. [f] L. 18 §. 2 L. 44 §. 8 D. famil. ercisc. 10. 2. L. 7 D. de annuis leg. 33. 1. cf. L. 17 §. 2 L. 44 D. de manum. test. 40. 4. System II §. 99 Note 37. [g] cf. L. 7 D. cit. 33. 1. L. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3. L. 92 D. de cond. 35. 1. [h] L. 6. pr. L. 27 D. de cond. et dem. 35. 1.

Note 70, der aber gewiß mit Unrecht dem Auftrag des Erblassers, die Vormundschaft zu übernehmen, den Charakter des Modus abspricht.) Von diesem Standpunkt aus erklärt schon Pfeiffer S. 28, nach dem Vorgang von Hübner und Giphanius, und ebenso Roßhirt Vermächtn. I S. 411 Note 4, den Modus treffend als eine causa legati in futurum collata. Die Bedingung ist ein Abhängigmachen der Wirklichkeit (Existenz) des Willens, die Voraussetzung ein Abhängigmachen des Bestandes (Consistenz) des Willens. L. 80 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 17 §. 2 L. 44 D. de manum. test. 40. 4. Bei der Suspensivbedingung wird das Erhalten, bei der Resolutivbedingung (als bedingtem Endtermin) das Verlieren, bei der Auflage das Behalten des Zugewendeten an das Eintreten eines gewissen Ereignisses geknüpft. Insofern ist es ganz passend, daß das bürg. Gesetzb. im §. 710 den Auftrag wie eine auflösende Bedingung wirken läßt, so „daß durch die Nichterfüllung des Auftrags der Nachlaß verwirkt werden solle." Verworren und verwirrend sind die Ausführungen von Füger II S. 242 fg. — Der Ausdruck „Modus" bezeichnet überhaupt Maß, Maßgabe, Gestalt: in diesem weiteren nichttechnischen Sinn ist auch die Bedingung und die Befristung ein Modus und auch der bedingte und betagte Wille ein modaler (eigenthümlich beschaffener, geeigenschafteter, beschränkter, begrenzter). In dem Gewand des Auftrags kann auch eine Vermächtnißanordnung auftreten, ohne deshalb ihre Natur und ihre Wirkungen zu verändern. L. 2 C. h. t. 6. 45 und dazu Savigny System Bd. 3 S. 236. 237. cf. L. 14 §. 2 D. de leg. III. — Gegen die herrschende Ansicht (arg. L. 44. cit.), daß im Zweifel für den Modus und gegen die Bedingung zu entscheiden sei (System II §. 84 Note 19. Pfeiffer S. 30. Windscheid, Lehre von der Voraussetzung Nr. 87. Stubenrauch II S. 549 Nr. 1) hat sich Arndts Pandekt. §. 74 Anm. 4 erklärt.

[2] cf. L. 17 D. de usu leg. 33. 2. L. 21 §. 3 D. de annuis leg. 33. 1. Nach österr. Recht ist diese Verwirkung auch bei Erbeinsetzungen außer Frage und ohne Schwierigkeit, während auf dem Gebiete des gem. Rechts wegen der Regel: semel heres semper heres Zweifel und Schwierigkeiten herrschen. Windscheid, Voraussetzung Nr. 104 Pandekt. §. 99 Note 2. Erxleben, die cond. sine causa II S. 285 fg. Note 70. Mühlenbruch Bd. 41 S. 268 fg. Vering, Erbr. S. 335. 336. Roßhirt, Vermächtn. I S. 406 fg. — Unrichtig ist die Behauptung von Winiwarter III S. 252. 253 und Stubenrauch II S. 551 Nr. 4, daß der Zuwiderhandelnde auch die mittlerweile bezogenen Früchte restituiren müsse: der Beauftragte kann doch nicht ärger daran sein, als wenn wirklich die auflösende Bedingung vom Erblasser gesetzt worden wäre! Vgl. dagegen auch Füger II S. 254. 255.

[3] L. 8 §. 7 D. de cond. inst. 28. 7 .... implenda est enim voluntas si potest. L. 17 pr. D. de leg. II. L. 51 §. 2 D. de fid. lib. 40. 5. Windscheid, Voraussetz. Nr. 113. Pandekt. §. 99 Note 6. Vgl. auch System II §. 99 Note 42. Mayer, Lehre von den Legaten I §. 42. Keller §. 53. A. M. Erxleben II S. 444 fg. Allein schon Mommsen, Beitr. zum Obl. R. I S. 389 Note 2 hat mit Recht bemerkt, daß „in der Regel die auf eine Liberalität gerichtete Absicht (des Schenkers oder) des Erblassers als so prävalirend anzusehen sein dürfte, daß von diesem Gesichtspunkt aus die condictio c. d. c. n. s. (die Verwirkung des Empfangenen) in den meisten Fällen einer casuellen Unmöglichkeit wird ausgeschlossen werden müssen." Und gewiß kann man auch in diesen Fällen in der Regel sagen:

magis legatarium commodum testator quam heredem habere voluit. L. 37 D. de cond. 35. 1. Vgl. A. L. R. I 12 §. 509 . . . 513. Unrichtig ist die Behauptung von Stubenrauch II S. 550 Nr. 2, daß in den Ausnahmsfällen „eigentlich" nicht ein Auftrag, sondern in Wirklichkeit eine Resolutivbedingung vorhanden sei.

[4] Westgal. Gesetzb. II §. 497. Der Erbe muß in der sog. Testamentsausweisung die Erfüllung des Auftrags oder doch die Sicherstellung derselben darthun. Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 157. Unger, die Verlass. Abhandl. S. 140. 141. Auf diese Art kommt es nach österr. Recht fast auf dasselbe (Verhinderung der praktischen Realisirung des Erbrechts) hinaus, wie in gewissen Fällen nach R. R. L. 8 §. 6 D. de cond. instit. 28. 7. L. 26 pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. Nach der Novelle 1 c. 1. 2. 4 bildet die Nichterfüllung der Auflage unter gewissen Voraussetzungen einen Indignitätsgrund mit eigenthümlichen Wirkungen. Mühlenbruch Bd. 39 S. 54 fg. Vangerow II §. 459. 494 Anm. a. E. Arndts, Pand. §. 520. Anm. 8 Nr. 2 lit. a.

[5] In diesen Fällen ist nicht ein technischer Modus vorhanden, da der Erblasser seinen (ersten) Berufungswillen gar nicht beschränkt, sondern vielmehr eine bedingte Onerirung des Erben resp. eine bedingte Honorirung eines Dritten. Dies wird in der Regel auch von unseren Schriftstellern bei Besprechung des §. 712 übersehen (Anm. 6), indem sie verkehrter Weise die Suspensivbedingung des Legats (§. 712) für eine Resolutivbedingung (wessen?!) halten.

[6] Nach vorjustinianischem Recht (Ulp. XXIV 17. Gaj. II 235. 236. 243. 288. cf. L. 1. 2 D. de his quae poenae causa 34. 6) waren bekanntlich Legate und Erbeinsetzungen poenae nomine relicta ungültig (vergl. auch Ihering Geist des R. R. II S. 227). Justinian erst hat jene Vorschrift getroffen (L. un. C. de his quae poenae 6. 41 §. 36 I. de leg. 2. 20), welche in §. 712 aufgenommen wurde, der jedoch (gleich §. 499 II westgal. Gesetzb.) ungerechtfertigter Weise nur von Legaten spricht. Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile jussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur. Keller, Grundr. §. 343 Nr. II. Unrichtig ist es, wenn hin und wieder (Winiwatter III S. 255. Stubenrauch II S. 551. 552. Füger II S. 256. 257) die Ungültigkeit des Legats im Fall des §. 712 daraus erklärt wird, daß das Legat „an eine unmögliche oder unerlaubte (aufschiebende, nicht auflösende, wie jene Schriftsteller meinen) Bedingung geknüpft sei, die nach §. 698 die betreffende Anordnung unwirksam mache": gerade umgekehrt müßte man ohne besondere gesetzliche Vorschrift das Legat: si heres impossibile quid non fecerit für ein unbedingt gültiges und wirksames halten, weil die sog. negativ unmögliche Bedingung in der That eine nothwendige Bedingung ist. Vgl. auch Arndts im R. L. III S. 935 Note 177. Pandekt. §. 66 Anm. 6.

[7] Ob das Verbot als eigentlicher Modus oder als aufschiebende oder auflösende Bedingung auftritt, ist für die vom Gesetz (freilich an unpassender Stelle) getroffene Interpretation desselben gleichgültig. Vgl. Zeiller II S. 699 und auch das sächs. Gesetzb. §. 2148. Daß die Bestreitung des Testaments wegen Formmangels (§. 601) nicht als Bestreitung der Echtheit des Testaments gelten könne, hätte nie bezweifelt

werden sollen; vgl. Winiwarter III S. 264 Note*. Ellinger zu §. 700. Stubenrauch II S. 562 Note* gegen Rippel IV S. 439. Mit Recht hat sich Stubenrauch II S. 562. 563 gleich Ellinger zu §. 720 auch gegen die Behauptung von Rippel IV. S. 435 fg. und Winiwarter III S. 263. 264 erklärt, daß das Bestreitungsverbot unzulässig und daher als aufschiebende Bedingung gesetzt infirmirend wirke (denn nur die gültige aufschiebende negative Bedingung kann in die entgegengesetzte auflösende verwandelt werden), als auflösende Bedingung oder Auflage gesetzt unwirksam (pro non scripta) sei, wenn der Erblasser dadurch erreichen wollte, daß gewisse Erbunfähigkeitsgründe (§. 543. 544) nicht zur Sprache gebracht würden. Immerhin aber wird doch der Fiscus solchen in fraudem legis bedachten Personen das Zugewendete entreißen dürfen. cf. L. 55 D. de cond. et dem. 35. 1.

δ) Substitutionen.

aa) Gemeine Substitution.

§. 19.

Die Erbeinsetzung von Personen, welche die Erbschaft oder einen aliquoten Theil derselben erst nach Anderen, denen sie zunächst zugedacht ist, erhalten sollen, heißt Substitution[1]. Eine solche Einsetzung kann sowohl für den Fall getroffen werden, daß der vorher Berufene die Erbschaft nicht erwirbt, als für den Fall, daß dies geschieht. Im ersten Fall heißt sie gemeine Substitution (Vulgarsubstitution §. 604)[2], im zweiten Fall fideicommissarische Substitution (§. 608).

Die gemeine Substitution ist eine bedingte Erbeinsetzung, indem der Nachernannte (Substitut)[3] unter der Bedingung zur Erbschaft berufen ist, daß der Vorberufene (Institut) nicht Erbe werde[a]. Diese Bedingung macht das Wesen der gemeinen Substitution aus, welche als qualificirte Erbeinsetzung im übrigen unter den für Erbeinsetzungen überhaupt geltenden Regeln steht und daher insbesondere noch an anderweitige Bedingungen geknüpft werden mag. Die Bedingung, daß der Erstberufene nicht Erbe werde, begreift die beiden Fälle in sich, daß er nicht Erbe werden will oder nicht Erbe werden kann (§. 604. 605)[b]. Doch kann die Substitution auch auf den einen oder andern dieser beiden Fälle oder auf einen noch bestimmteren Fall des Nichterbens beschränkt

[a] pr. I. de vulgari substitutione 2. 15. L. 28 D. de her. inst. 28. 5. cf. L. 41 §. 6. D. de vulgari et pupillari substitutione 28. 6. L. 1. §. 13 L. 11 §. 5 D ad leg. Falc. 35. 2. [b] L. 3 C. de her. inst. 6. 24. L. 3 C. de impuberum et aliis substitutionibus 6. 26.

werden und darf dann auf andere Fälle des Nichterbewerdens nicht ausgedehnt werden (§. 605), es müßte denn ein anderer Wille des Erblaſſers aus den Umſtänden nachgewieſen werden können[4]. In der fideicommiſſariſchen Subſtitution iſt ſtillſchweigend zugleich eine gemeine Subſtitution enthalten (ſog. substitutio tacita §. 608), nicht auch umgekehrt[c]; im Zweifel, ob die angeordnete Subſtitution eine gemeine oder fideicommiſſariſche ſei, iſt bis auf weiteres das Erſtere anzunehmen (§. 614)[6].

Die Bedingung, unter welcher der Nachberufene eingeſetzt iſt, iſt erfüllt, wenn der Erſtberufene, und zwar dieſer ſelbſt, aus dem Teſtament (§. 808)[d] nicht Erbe wird: der Subſtitut ſchließt, wenn nicht der Erblaſſer etwas anderes anordnet[e], die Transmiſſare des Inſtituten aus (§. 809. 537. 615)[7]. Die Erbſchaft wird dem Subſtituten erſt dann deferirt[f], wenn es entſchieden iſt, daß der Inſtitut nicht Erbe wird (§. 615)[8]; iſt der Subſtitut zu dieſer Zeit nicht mehr am Leben oder erbunfähig, ſo iſt die Subſtitution vereitelt (§. 703)[g]. Die dem Erſtberufenen vom Erblaſſer auferlegten Laſten gehen in Ermangelung eines anderweitigen Willens deſſelben auch auf den Nachberufenen über[h], der den Erbtheil des Inſtituten erwirbt (§. 606)[9]; der Erbeinſetzung des Letzteren hinzugefügte Bedingungen jedoch ſind nicht ohne weiteres auf die Subſtitution zu beziehen (§. 702)[i].

Der Erblaſſer kann mehrere Subſtituten nach einander ernennen (§. 604)[k]; dem ſpäter Berufenen wird die Erbſchaft erſt dann deferirt, wenn alle Vorhergehenden, übrigens in welcher Reihenfolge immer[l], hinweggefallen ſind[10]. Der Erblaſſer kann auch die Miterben unter einander und insbeſondere einander gegenſeitig[m] ſubſtituiren[11]; ſie erben im letzteren Fall als Nachberufene im Zweifel nach demſelben Verhältniß wie als Erſtberufene[n]; iſt jedoch neben ihnen noch ein Nichterbe ſubſtituirt, ſo theilen ſie die

[c] Vgl. A. L. R. I 12 §. 58. [d] L. 3 C. h. t. 6. 26. [e] cf. L. 85 D. de her. inst. 28. 5. [f] L. 69 D. de A. vel O. H. 29. 2. cf. L. 5 C. h. t. 6. 26. [g] L. 10 pr. L. 45 §. 1 D. h. t. 28. 6. L. 9. i. f. D. de suis 38. 16. L. 81 D. de A. v. O. H. 29. 2. [h] L. 74 D. de leg. I. L. 61 §. 1. D. de leg. II. cf. L. 82 §. 1 D. eod. L. 25. D. si quis omissa causa 29. 4. [i] L. 73 D. de her. inst. 28. 5. cf. L. 27 pr. eod. 39 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. [k] pr. I. h. t. 2. 15. L. 36 pr. D. h. t. 28. 6. [l] L. 41 pr. D. h. t. [m] L. 4 §. 2 L. 23 D. h. t. L. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5. cf. L. 41 §. 5 D. h. t. [n] §. 2 I. h. t. L. 24. 41 §. 1. 4 D. h. t. L. 1. C. h. t.

Substitutionsportion zu gleichen Theilen unter sich (§. 607)[12]. Der Erblasser kann endlich nach Belieben° Einem Erben mehrere Substituten und mehreren Erben Einen Substituten ernennen[13].

Anm. [1] Mühlenbruch Bd. 40 S. 248 fg. Arndts im R. L. X S. 654 fg. Keller Grundr. §. 288.

[2] Dieser Ausdruck hat eigentlich seine rechte Bedeutung (Mühlenbruch S. 260; vgl. jedoch Bering, Erbr. S. 338) verloren, da er nicht mehr den Gegensatz bildet zur technischen Pupillar- und Quasipupillarsubstitution (Mühlenbruch Bd. 40 S. 370 fg. Bd. 41 S. 1 fg. Arndts im R. L. S. 663 fg. Pand. §. 497 . . . 499), welche das bürg. Gesetzb. (§. 609) mit vollem Recht beseitigt hat, während sich dieselbe noch im westgal. Gesetzb. (II §. 399. 405. 406) fand, sondern das Gegenstück zur fideicommissarischen Substitution ausmacht.

[3] Das bürg. Gesetzb. §. 604 fg. (westgal. Gesetzb. II §. 398 fg.) nennt den Vulgarsubstituten ebenso wie den fideicommissarischen Erben (§. 609. 612. 615, was Ellinger zu §. 609 übersieht) „Nacherben": diese Bezeichnung (welche sich auch im sächs. Gesetzb. §. 2187 fg. findet) ist unpassend, da bei der Vulgarsubstitution zwar vor- und nachberufene Erben, nicht aber Vor- und Nacherben vorkommen, indem nur einer von beiden Erbe wird und der Substitut nicht nach dem Institutus sondern an Statt desselben Erbe wird. Mit Recht hat man im zürch. Gesetzb. (Erläut. V S. 152) den Ausdruck „Nacherbe" auf den fideicommissarischen Erben beschränkt. Die passende deutsche Bezeichnung für den Vulgarsubstituten wäre „Erbstellvertreter" (hess. Entw. Art. 44), ein Ausdruck, gegen welchen sich Wächter Entwurf S. 250 Note 121 doch wohl mit Unrecht erklärt hat. — Ohne Institution keine Substitution: L. 19 D. de her. inst. 28. 5.

[4] Die Fälle des Nichtwollens und Nichtkönnens bezeichnet man mit den „barbarischen" Ausdrücken: casus noluntatis, casus impotentiae. Die Frage, auf welche Fälle des Nichterbens der Erblasser den Substituten berufen wollte, ist eine reine quaestio voluntatis (Mühlenbruch S. 301 fg. Arndts im R. L. S. 656 Pandekt. §. 496 Anm. 2) und daher auch §. 605 (westgal. Gesetzb. II §. 402) als bloße Interpretationsregel anzusehen, deren Aufnahme sich daraus erklärt, daß die ältere Jurisprudenz (vgl. Wiener Heineccius I S. 379), welcher das A. L. R. I 12 §. 52 gefolgt ist (ebenso noch Puchta, Vorles. II S. 377 und Seuffert §. 542 Nr. 3), mit Unrecht die entgegengesetzte Regel aufstellte, die sich auch wieder im sächs. Gesetzb. §. 2189 findet. Insbesondere wird man die Substitution, wenn sie auf den Fall lautet, daß der Instituirte vor dem Erblasser sterben sollte, unbedenklich auf alle Fälle des Nichtkönnens überhaupt ausdehnen dürfen. Mühlenbruch S. 306.

[5] Durch diese zweckmäßige Bestimmung, welche sich schon im westgal. Gesetzb. II §. 411 und jetzt auch im hess. Entw. Art. 160 findet (vgl. auch zürch. Ge-

° §. 1. I. h. t. L. 36 §. 1 D. h. t.

setzb. §. 2079), wird der Wille des Erblassers gesichert, der die Erbschaft dem Nachberufenen (Fideicommissar) vor den gesetzlichen Erben zuwenden will (cf. L. 13 §. 4 L. 14 D. de test. mil. 29. 1) und insbesondere für den Fall, daß der Erstberufene (Fiduciar) sich weigert die Erbschaft anzunehmen (vgl. Arndts §. 487. Vangerow II §. 558) in einfacher und befriedigender Weise gesorgt. (Dies wird hin und wieder übersehen, z. B. von Stubenrauch II S. 383, der den Zwang zur Annahme mit dem Zwang zur Erklärung verwechselt, welchen allein der von ihm angeführte Rippel IV S. 191 in Abrede stellt). Da die fideicommissarische Substitution die gemeine stillschweigend in sich begreift (§. 608), so erstreckt sich in der Regel die jener hinzugefügte Bedingung stillschweigend auch auf diese. cf. L. 83 D. de leg. II.

[6] Vgl. Mühlenbruch S. 251 fg. A. L. R. I 12 §. 59. Ob die Entscheidung in der Sammlung Nr. 154 richtig sei, ist m. E. doch noch sehr fraglich.

[7] Anders nach röm. Recht (arg. L. 40 D. de her. inst. 28. 5. L. un. §. 13 C. de caduc. toll. 6. 51), indem der Transmissar den Substituten ausschließt. Arndts im R. L. S. 658. Mühlenbruch S. 334 fg. Die Bestimmung des österr. Rechts entspricht dem vermuthlichen Willen des Erblassers und rechtfertigt sich durch die Allgemeinheit des Transmissionsrechts (§. 809. 537).

[8] Wie nach gem. Recht der Substitut in der Zwischenzeit Bonorum Possessio erlangen kann, wenn sie der Institut nicht rechtzeitig agnoscirt (L. 2 §. 4 L. 6. 10 D. de b. p. s. t. 37. 11), so kann nach österr. Recht der Substitut die Einantwortung des Nachlasses erwirken, wenn der Institut sich nicht rechtzeitig erbserklärt (§. 120. 121 Ges. v. 9. Aug. 1854). Dagegen macht sich im österr. Recht gerade in Ansehung der Substitution, der gemeinen wie der fideicommissarischen, der Mangel einer (im röm. Recht gewährten L. 69 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 10 D. de jur. delib. 28. 8. Arndts §. 509 Nr. 3) Überlegungsfrist mit der Wirkung der Ausschließung des Instituten im Fall der Nichterklärung in empfindlicher Weise fühlbar. Unger, die Verl. Abh. S. 121 fg. 128 Note 12.

[9] Der Substitut erwirbt, wenn seine Berufung nicht eine beschränkte ist, den ganzen Erbtheil des Instituten (L. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5), nicht auch im Zweifel die diesem zugedachten Prälegate; arg. §. 1279. Arndts im R. L. S. 661. Mühlenbruch S. 310. — Unzweifelhaft hat der Substitut in der Regel auch die dem Substituten gemachten Auflagen (§. 709 fg.) zu tragen. Wenn Rippel IV S. 415. 416 dies anerkennt, jedoch (unter Beistimmung von Füger II S. 250. 251) hinzufügt, daß „der Auftrag nach §. 702 für den Nachberufenen nicht mehr als auflösende Bedingung anzusehen sei, sondern daß derselbe das Vermächtniß oder den Erbtheil unbedingt erhalte, aber zur Erfüllung des Auftrags angehalten werden könne", so beruht dies auf willkürlicher und unzulässiger Verstümmlung des Modus, und läßt die Frage unbeantwortet, von wem und wie der Substitut zur Erfüllung des Auftrags anzuhalten sei.

[10] Daß auch der entfernteste Substitut dem Erstberufenen substituirt ist, pflegt man durch den „müssigen Spruch" (Brinz S. 775) auszudrücken: substitutus substituto est etiam substitutus instituto (Mühlenbruch S. 366 fg. Vangerow

II §. 451 Anm. 2); doch wird diese Formel auch noch gebraucht, um die Interpretationsregel auszusprechen, daß wer einem Substituten, der überdies instituirt ist, substituirt ist, im Zweifel (L. 27. 41 pr. D. h. t. 28. 6 §. 3 I. eod. 2. 15) nicht bloß dessen Substitutionsportion, sondern auch dessen Institutionsportion empfängt (substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto).

[11] Über diese sog. substitutio reciproca (mutua) vgl. Mühlenbruch S. 309 fg. Bangerow II §. 451 Anm. 3. Auch nach österr. Recht (cf. L. 23 I. f. L. 41 §. 4 D. h. t. 28. 6) kann der Miterbe dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß nicht als Substitut zugelassen werden, wenn er seine Institutsportion ausgeschlagen hat, da er eben als Miterbe (überdies) substituirt ist; dies gilt nicht nur bei wechselseitiger Substitution, sondern im Zweifel wohl auch, wenn ein einzelner Miterbe einem bestimmten andern Miterben substituirt ist; über L. 76 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, welche man öfters (Mühlenbruch S. 319. Bangerow II S. 206. Vering, Erbr. S. 341) für die entgegengesetzte Entscheidung des letzteren Falls anführt, vgl. Arndts im R. L. S. 663 Note 54. Keller §. 487 Note 12. Die praktische Bedeutung der wechselseitigen Substitution von accrescenzberechtigten Miterben (§. 560. 561) besteht darin, daß der substituirte Miterbe den Substitutionsfall erleben muß, während die wegfallende Portion bei dem Anwachsungsrecht auch den Erbeserben zufällt. L. 9 D. de suis 38. 16. Bangerow S. 206. Mühlenbruch S. 317 fg. Brinz S. 776. Eine solche reciproke Substitution, welche an sich ganz überflüssig ist, kann daher leicht zum Nachtheil der Bedachten ausschlagen, während sie bei Erbeinsetzungen auf bestimmte Theile immer nothwendig und nützlich ist (§. 563). — Befinden sich unter den gegenseitig substituirten Miterben Verbundene (conjuncti), so sind diese zunächst unter sich als gegenseitig substituirt zu betrachten. L. 41 §. 4 D. h. t. 28. 6. L. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5.

[12] Anders und doch wohl zweckmäßiger nach röm. Recht (cf. L. 32 D. h. t. 28. 6. vgl. sächs. Gesetzb. §. 2193), indem der substituirte Extraneus eine Virilportion erhält und der Rest unter die Miterben nach Verhältniß ihrer Erbportionen vertheilt wird: „bei gemischtem Verhältniß ein gemischter Maßstab" (Brinz S. 775). Über den Fall, wenn dem substituirten Nichterben ein bestimmter Theil der Substitutionsportion zugewiesen ist, vgl. Graßl, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1836 I Nr. 11. Der in L. 32 cit. angeführte Fall müßte nach österr. Recht auf die oben §. 15 Anm. 6 angegebene Art entschieden werden; vgl. Graßl S. 177 Note 1.

[13] Wer mehreren nicht auf bestimmte Theile eingesetzten Erben gemeinschaftlich substituirt ist, erbt im Zweifel erst nach Wegfall aller Instituten. cf. L. 42 D. h. t. L. 10 C. eod. 6. 26. Über die Substituirung eines Instituten sich selber: L. 10 §. 7 L. 48 §. 1 D. h. t. 28. 6. Keller, Pand. S. 927 Grundr. S. 269.

bb) Fideicommissarische Substitution.

§. 20.

Die fideicommissarische Substitution besteht in der Einsetzung eines Erben, welcher die Erbschaft oder einen aliquoten Theil derselben nach einem andern Erben erhalten soll (§. 608). Der Erbe, welcher den Nachlaß zuerst erhält, heißt Vorerbe (Fiduciar)[a]; der Erbe, dem die Erbschaft ganz oder zum Theil[b] von dem Vorerben herausgegeben werden soll[1], wird Nacherbe (fideicommissarischer Erbe[c], Anwärter) genannt. Die fideicommissarische Substitution ist eine wahre Erbeinsetzung[2]: der Nachberufene ist dem Vorberufenen für den Fall, daß dieser Erbe wird, als Erbe substituirt[3]. Der Einsetzung des Nacherben können vom Testator nach Belieben noch anderweitige Bedingungen beigefügt werden[d] (vgl. §. 608. 615); ist die fideicommissarische Substitution einer dem Erblasser als geisteskrank bekannten Person gemacht, so wird kraft Rechtsvorschrift angenommen, sie sei für den Fall angeordnet, daß der Sinnlose nicht wieder zu Verstand komme (§. 616)[e]; hat der Erblasser seinem kinderlosen Descendenten nach dessen Ableben die Erbschaft zu restituiren auferlegt, so wird die Bedingung, daß derselbe ohne Hinterlassung erbfähiger Nachkommenschaft versterbe, kraft Rechtens supplirt[f] (§. 617)[4]. Die Einsetzung des Nacherben ist immer zugleich eine betagte[g]; der Zeitpunkt, zu welchem der Nacherbe den Nachlaß des Erblassers erlangen soll, kann vom Testator auf einen bestimmten Kalendertermin, oder auf ein künftiges Ereigniß, insbesondere den Tod des Vorerben (§. 608), oder in den Willen des letzteren gestellt werden (arg. §. 904)[h]. Die Anordnung einer fideicommissarischen Substitution kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend erfolgen, ist jedoch im Zweifel nicht zu vermuthen (arg. §. 614)[5]. Als Anordnung einer Anwartschaft ist es insbesondere anzusehen, wenn dem Erben aufgetragen ist, die Erbschaft[6] nach einer bestimmten Zeit mit einem Andern zu theilen[i] oder eine bestimmte Person zum

[a] L. 46. 67 D. ad Sc. Trebell. 36. 1 [b] §. 2. 8 I. de fideicomm. hered. 2. 23. L. 16 §. 4 L. 27. §. 8 D. h. t. 36. 1. [c] L. 91 D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. §. 1. 12 I. h. t. 2. 23. [d] §. 2 I. h. t. [e] cf. L. 43 pr. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 9 C. eod. 6. 26. §. 1 I. eod. 2. 16. [f] L. 30 C. de fideicomm. 6. 42. L. 6. C. de instit. 6. 25. cf. L. 102 D. de cond. 35. 1. L. 43. pr. D. de vulg. subst. 28. 6 System II §. 82 Note 6. [g] §. 2 I. h. t. [h] L. 41 §. 13 D. de leg. III. cf. L. 11 §. 6 eod. System II §. 83 Note 34. [i] L. 19 §. 1. D. h. t. 36. 1. cf. L. 78 pr. eod.

Erben einzusetzen[k], oder wenn ihm untersagt ist, über den Nachlaß letztwillig zu verfügen oder überhaupt ein Testament zu errichten[l] (§. 610), oder zu Gunsten bestimmter Personen den Nachlaß oder einen Theil desselben zu veräußern[m] (arg. §. 610)[7]; desgleichen liegt eine stillschweigende fideicommissarische Substitution[8] in der Ernennung eines Erben für den Erben[n] (arg. §. 609)[9]. Überdies wird jede bedingte oder betagte Erbeinsetzung (oben §. 16. 17), ferner die unmittelbare Erbeinsetzung einer erst nach dem Tode des Erblassers erzeugten Person als Anordnung einer fideicommissarischen Substitution angesehen und behandelt (Hfdkrt 30. Juni 1845, Anhang Nr. 54).[10] Eine fideicommissarische Substitution kann übrigens nur in den Formen einer letztwilligen Erklärung gültig errichtet werden[11].

Der Erblasser kann sowohl dem gewillkürten als dem gesetzlichen Erben[o] Einen Nacherben oder auch mehrere Nacherben hintereinander ernennen[p] (sog. successives Fideicommiß). Hat der Erblasser nur solche Personen nacheinander zu Nacherben berufen, welche zur Zeit der Anordnung der Substitution bereits geboren waren, so geht die fideicommissarische Erbschaft auf sie alle über[12], der Erblasser mag noch so viele Substitutionsgrade gemacht haben (§. 611). Waren dagegen die vom Erblasser berufenen Nacherben zu jener Zeit noch nicht geboren (§. 22)[13], so kann die fideicommissarische Erbschaft in Ansehung des unbeweglichen Vermögens nur auf einen, in Ansehung des beweglichen Vermögens nur auf zwei dieser nachberufenen Erben übergehen, so daß das Fideicommiß in der Hand des ersten beziehungsweise zweiten Nacherben dieser Art erlischt (§. 612)[q].

Anm. [1] Aus dem Begriff der fideicommissarischen Substitution folgt von selbst, daß es die Erbschaft des Erblassers ist, deren Restitution dem Erben aufgetragen wird. L. 27 §. 8 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Ist dem Erben auferlegt, die Erbschaft eines Dritten zu restituiren, so liegt darin ein Vermächtniß, und zwar nicht nur dann, wenn es der Erbe ist, dem jene Erbschaft zugefallen ist (L. 27 §. 9. 10 D. ad Sc. Trebell. 36. 1), sondern nach österr. Recht ohne Zweifel auch dann, wenn sie der Erblasser selbst erworben hat; vgl. unten §. 73 Anm. 2.

[k] L. 17 pr. D. h. t. L. 114 §. 6. 7 D. de leg. I. cf. L. 88 §. 16 D. de leg. II. [l] L. 77 §. 25 eod. [1] 74 pr. D. h. t. cf. L. 77 §. 24 D. de leg. II. [m] L. 114 §. 14 D. de leg. I. cf. L. 69 §. 3 D. de leg. II. L. 38 pr. §. 4 L. 93 pr. D. de leg. III. L. 54 D. ad leg. Falc. 35. 2. [n] Gaj. II 184. §. 9 I. de pupill. subst. 2. 16. L. 8 C. de impub. subst. 6. 26. [o] §. 10 I h. t. 2. 23. L. 1 §. 5. 7 D. h. t. L. 29 C. h. t. 6. 42. [p] §. 11 I. h. t. L. 1 §. 8 L. 55 §. 2 D. h. t. [q] Samml. Nr. 78.

[2] Anders nach röm. Recht, indem zufolge der Rechtsregel semel heres semper heres (L. 88 D. de her. instit. 28. 5) das fideicommissum hereditatis nur als Universalvermächtniß angesehen wird und der fideicommissarische Erbe nicht als wahrer Erbe gilt, sondern nur heredis loco, quasi heres (Gaj. II 251. 253. §. 4. 5 I. de fid. her. 2. 23), effectu quodammodo heres (L. 5 §. 1 D. quod cum eo 14. 5) ist, während der Fiduciar nominell immer Erbe bleibt (L. 1 §. 19 D. ut leg. 36. 3); der Soldat jedoch, der an jene Rechtsregel nicht gebunden war, konnte immerhin einen direkten Nacherben ernennen: L. 5. 19 §. 2 L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1. L. 6 C. cit. L. 8 C. de impub. subst. 6. 26. Reuner, die heredis institutio S. 487. Für das heutige Recht ist kein Grund mehr vorhanden, an jener aus der eigenthümlichen Bedeutung der Erbenqualität (cf. L. 42 §. 1 L. 55 §. 3 D. ad Sc. Trebell. 36. 1) sich erklärenden Behandlungsweise des röm. Rechts festzuhalten (wie dies auch noch das sächs. Gesetzb. §. 2503 fg. thut): im heutigen Recht tritt der Fideicommissar nicht an die Stelle des Erben, sondern unmittelbar an die Stelle des Erblassers, er folgt nach jenem, aber diesem nach (alius post alium).

[3] Die fideicommissarische Substitution enthält daher, was bei uns gewöhnlich übersehen oder verkannt wird, eine bedingte Erbeinsetzung: wie der gemeine Substitut unter der Bedingung berufen ist, daß der Berufene nicht Erbe werde (si Primus heres non erit), so ist der fideicommissarische Substitut unter der Bedingung eingesetzt, daß der Vorberufene Erbe werde (si Primus heres erit). cf. Gaj. II 184. pr. §. 3. 4. 9. I. de pupill. subst. 2. 16. Auf diese Bedingung bezieht sich das Wort „angetretene" im §. 608: und wie sollte der Nacherbe einen Anspruch auf Restitution gegen den Vorerben haben, wenn dieser gar nicht Erbe geworden ist? Der Anwärter muß daher (§. 709) den Erbschaftsantritt des Vorerben erleben (cf. L. 88 L. 3 §. 2 D. de hered. instit. 28. 5). Man könnte vielleicht anderer Meinung sein wollen, da die fideicommissarische Substitution stillschweigend die gemeine in sich begreife (§. 608), der Nachberufene also sowohl auf den Fall, daß der Vorberufene Erbe werde, als auf den Fall, daß dies nicht geschehe (cf. pr. I. cit. 2. 16), mithin in der That auf beide Fälle zum Erben eingesetzt sei (in utrumque casum, cf. L. 4 pr. D. h. t. 28. 6 L. 6 §. 5 D. ad Sc. Trebell. 36. 1). Allein die Honorirung in utrumque casum bewirkt nicht, daß die Einsetzung eine unbedingte ist: der Substitut ist vielmehr unter zwei jedoch conträren Bedingungen berufen und muß daher den Ausgang der Dinge, die Erfüllung der einen oder andern Bedingung, erleben (cf. L. 13 D. quando dies 36. 2, vgl. §. 16 Note e), wozu hier überdies noch kömmt, daß ja dem Substituten in dem einen Falle die unmittelbare, in dem andern Falle die mittelbare Erbfolge deferirt wird. Es verhält sich also in dieser Beziehung nach österr. Recht wesentlich anders als nach gem. Recht (L. 25 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1), dessen Bestimmung (dies fideicommissi cedit tempore mortis testatoris) sich vom Standpunkt der Legatentheorie aus erklärt. Vgl. §. 19 Anm. 8. — Übrigens kann natürlich auch ein Miterbe unter der Bedingung eingesetzt werden, daß der zuerst Instituirte Testamentserbe werde. L. 22 pr. D. si quis omissa causa 29. 4.

[4] Unter die „erbfähigen Nachkommen" gehören weder die Adoptivkinder (arg. L. 76 D. de cond. 35. 1. L. 51 §. 1 D. de leg. II) noch (trotz des §. 614) die unehelichen Kinder (cf. L. 6 i. f. C. cit. 6. 25. Winiwarter III S. 131. Füger,

Erbr. II S. 317), auch nicht hinsichtlich der unehelichen Mutter (wie Damianitsch im Jurist. Bd. 10 S. 116 fg. und Stubenrauch II S. 395 Nr. 6 lit. c. behaupten). Tritt die stillschweigend gewollte Bedingung ein, so erlischt die angeordnete Substitution und der eingesetzte Descendent kann über den Nachlaß frei verfügen; cf. L. 114 §. 13 D. de leg. I. Stubenrauch II S. 396 Nr. 7 gegen Winiwarter III S. 131, dessen irriger Behauptung, daß die Erbschaft den eigenen Kindern des Descendenten als Substitutionsvermögen zu hinterlassen sei, Füger, Erbr. II S. 317. 318 beistimmt. Ungerechtfertigt ist die öfter (Stubenrauch II S. 395. 396. Ellinger zu §. 617) behauptete „analoge" Anwendung des §. 617 auf andere Restitutionsfälle.

[5] Hat daher der Erblasser den A zum Erben eingesetzt und angeordnet, daß wenn A ohne Kinder versterbe, die Erbschaft an B gelangen solle, so ist zwar B, nicht aber die Nachkommenschaft des A demselben fideicommissarisch substituirt. Rippel IV S. 194. Mit Unrecht führt Stubenrauch II S. 389 Note * als Belegstelle L. 13 §. 6 D. de reb. dub. 34. 5 an: diese Stelle handelt von der Auslegung einer Vulgarsubstitution.

[6] Hat der Erblasser angeordnet, daß sein Erbe einem Dritten einen bestimmten Theil des reinen Nachlasses hinausgebe, so liegt hierin ein bloßes Vermächtniß und der Erbe kann den Bedachten auch mit der Zahlung des Geldwerths dieses Antheils abfinden (cf. L. 26 §. 2 L. 27 D. de leg. I). In diesem Sinn gibt es allerdings auch nach österr. Recht ein sog. legatum partitionis; über das gem. Recht in dieser Beziehung vgl. Bangerow II §. 556. Mayer, die Lehre von den Legaten I S. 50. Arndts im R. L. VI S. 322 fg. Pandekt. §. 580 Anm. 2. Vgl. unten §. 54 Anm. 4.

[7] §. 610 spricht vom Verbot „die Sache zu veräußern"; dies ist insofern ungenau, als ein solches Verbot, selbst wenn es wirksam ist, nur ein stillschweigendes Vermächtniß enthält: es hätte im zweiten Satz des §. 610 das Wort „Nachlaß" gebraucht werden sollen, welches sich im ersten Satze findet.

[8] Auch in der Erklärung des Erblassers: dem A vermache ich den Nießbrauch meines ganzen Vermögens, nach seinem Tode aber soll B mein Erbe sein, liegt im Zweifel eine Erbeinsetzung des A und eine fideicommissarische Substitution des B (arg. §. 613) Samml. Nr. 186. Über das gem. Recht vgl. Glück Bd. 9. S. 185 fg. Mühlenbruch Bd. 40 S. 184 fg. Bangerow II S. 185. 186 und vorzüglich Reuner, die heredis institutio S. 548 fg.; die Bedenken, welche Reuner S. 549. 550 gegen die hier gebilligte Auslegung jener letztwilligen Verfügung erhebt, fallen nach österr. Recht von selbst hinweg.

[9] Eine solche Substitution erstreckt sich aber gleichfalls nur auf das vom Erblasser herrührende Vermögen (L. 5 D. de test. mil. 29. 1. L. 15 D. de vulg. subst. 28. 6. L. 8 i. f. C. eod. 6. 26) und dies selbst dann, wenn Eltern ihren testirunfähigen Kindern einen Erben ernennen, da das bürgerl. Gesetzb. mit Recht die sog. Pupillar- und Quasipupillarsubstitution ganz aufgegeben hat: §. 609. Aus inneren und äußeren Gründen unhaltbar ist die zwitterhafte Ansicht, welche Prochner, verleitet durch den Ausdruck „einen Erben ernennen" im §. 609, in seiner „theoretisch-praktischen Darstellung über das letztwillige Verfügungsrecht der Eltern hinsichtlich ihrer zu testiren unfähigen Kinder" (1840. 165 S.) ausführlich zu be-

gründen und replicando (Ztschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1840 III S. 517 fg.) zu vertheidigen gesucht hat, daß nach §. 609 Eltern ihren testirunfähigen Kindern in Ansehung des ihnen hinterlassenen Vermögens einen direkten Erben ernennen können: hienach soll der Substituirte unmittelbarer Erbe des Kindes, aber nur in Ansehung des elterlichen Vermögens, und in derselben Beziehung und in demselben Umfang zugleich mittelbarer (fideicommissarischer) Erbe der Eltern, also Erbfolger des Kindes aber doch nicht Erbe dessen (sondern des elterlichen) Vermögens sein (Procknr §. 14. 51. 52 fg. 55): eine solche Zwittercombination von pupillarischer und fideicommissarischer Substitution ist juristisch ganz und gar unmöglich. Vgl. dagegen auch Pachmann in der Ztschr. 1840 III S. 245 fg. Rippel im Jurist. Bd. 5 S. 1 fg. Wessely in der Themis N. F. Hft. 1 S. 77 fg. Winiwarter III S. 118 Note 1. Stubenrauch II S. 379 Note **. — Über die Frage, ob sich die ausdrücklich oder stillschweigend angeordnete fideicommissarische Substitution im Fall des §. 809 auch auf den Pflichttheil erstrecke vgl. unten §. 82 Anm. 3.

[10] In dieser Vorschrift liegt eine zweckmäßige Fortbildung des Rechts. System I §. 13 Note 3. Da zum Nacherben unzweifelhaft auch eine solche Person ernannt werden kann, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangen ist (Mühlenbruch Bd. 39 S. 412 fg.), so ist es gewiß passend, die direkte Erbeinsetzung eines Nacherzeugten so anzusehen und zu behandeln, als hätte der Erblasser seinem gesetzlichen oder anderweitigen gewillkürten Erben aufgetragen, die Erbschaft jener Person seinerzeit (§. 612) zu restituiren.

[11] Mit vollem Recht genügt in Österreich die formlose Erklärung des Erblassers an den Erben (sog. Oralfideicommiß) nicht zur Errichtung eines Vermächtnisses, geschweige denn zur Ernennung eines fideicommissarischen Erben. Über das sog. fideicommissum heredi praesenti injunctum des gem. Rechts (L. 32 C. de fideicomm. 6. 42. §. 12 I. h. t. 6. 23) vgl. Arndts, Pandekt. §. 545 Anm. 2.

[12] §. 615 bestimmt, daß die fideicommissarische Substitution „erlischt, wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist." Hiemit wird nichts anderes gesagt, als daß das successive Fideicommiß beendet sei, wenn die Reihe der vom Erblasser berufenen Nacherben erschöpft ist (Zeiller II S. 516), daher der Letztberufene über den Nachlaß frei verfügen kann (vgl. §. 645). Mit Unrecht hat man aus diesem § die unhaltbare Behauptung ableiten wollen, daß das Erbrecht (der Restitutionsanspruch) des vor Eintritt des Restitutionsfalls verstorbenen Fideicommissars auf seine Erben nicht übergehe (vgl. unten §. 48 Anm. 1). Wenn man eingewendet hat, daß der §. 615 bei der ihm hier beigelegten Deutung einen ziemlich trivialen Ausspruch enthalte, so darf man wohl fragen, ob sich denn nicht mit gleichem Recht ganz dasselbe von dem übrigen Inhalt des §. 615 sagen lasse, wonach die gemeine Substitution erlöschen soll, sobald der zuerst eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat, und die fideicommissarische, wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhört? Und kann man wohl annehmen, daß das Gesetzbuch eine so wichtige sowohl vom gem. Recht (L. 25 pr. L. 46 D. h. t. 36. 1. L. 21 C. de fideicomm. 6. 42; vgl. auch A. L. R. I 12 §. 467) als von seinen eigenen Grundsätzen (§. 537. 705. 809) abweichende Bestimmung nur so im Vorübergehen und bloß gelegentlich mehrfacher Substitutionen getroffen hätte? Unstichhaltig ist die Behauptung, daß weil

nach allgemeinen Auslegungsregeln unter den „berufenen Nacherben" (§. 615) nur die „vom Erblasser" selbst Berufenen, nicht auch deren Erben, als gleichsam „vom Gesetz" berufene Nacherben (vgl. §. 809) zu verstehen seien, eine Transmission des fideicommissarischen Erbrechts nicht stattfinden könne. Winiwarter III S. 127 fg. Stubenrauch II S. 392. Reich im Jurist. Bd. 4 S. 323 fg. Ellinger zu §. 615. Fideicommissarisch substituirt sind allerdings nur die vom Erblasser Berufenen: ob aber der Substitut sein Erbrecht transmittire oder nicht, das ist eben die Frage. Übrigens übersieht man bei jener Argumentationsweise gänzlich, daß die „vom Erblasser" berufenen Nacherben (§. 615) fideicommissarische Substituten des Vorerben, die gleichsam „vom Gesetz" berufenen Nacherben (§. 809), die Transmissare, dagegen nur als Vulgarsubstituten des fideicommissarisch Substituirten betrachtet werden können. Und warum wendet man dieselbe Argumentation nicht auch auf den Fall an, wenn der Vulgarsubstitut zwar nach Erfüllung der Bedingung (si Primus heres non erit) aber vor Antretung der Erbschaft stirbt, da doch auch nur er und nicht sein Erbe der „vom Erblasser" berufene „Nacherbe" ist (§. 604 fg.)? Es muß jedoch bei der hier statuirten Transmission des fideicommissarischen Erbrechts stets beachtet werden, daß auch in einem solchen Fall die im §. 612 aus volkswirthschaftlichen Gründen gezogenen Schranken der Substitutionsdauer nicht überschritten werden dürfen. Ist den mehreren Nacherben aufgetragen, die Erbschaft „nach ihrem Tode" in bestimmter Reihenfolge zu restituiren, so findet wegen dieser stillschweigenden Bedingung des Erlebens eine Transmission des Nacherbenrechts natürlich nicht statt.

[18] Ungerechtfertigt ist die öfter aufgestellte Behauptung (Winiwarter III S. 122. Stubenrauch II S. 382 Nr. 2), daß in diesem Fall der nasciturus nicht pro nato habendus sei; vgl. dagegen auch Hfkzldkrt 30. Juni 1845, Anhang Nr. 54.

5. Gemeinschaftliche Testamente[1].

§. 21.

Ein Testament kann in der Regel nur den letzten Willen Eines Erblassers enthalten (§. 583)[2]: für je Einen Willen je Ein Testament. Testamente, welche von Mehreren gemeinschaftlich in Einem Akt errichtet werden (sog. gemeinschaftliche Testamente, testamenta simultanea) sind nur unter Ehegatten zulässig, welche sich darin gegenseitig zu Erben einsetzen (sog. wechselseitiges Testament, testamentum reciprocum s. mutuum) oder andere Personen zur Erbschaft berufen mögen (sog. testamentum mere simultaneum[3]); §. 1248[4]. Das gemeinschaftliche Testament enthält zwei letztwillige Erklärungen[a] über den Nachlaß je des einen und des andern Ehegatten; trotz dieser inneren Doppelheit ist es aber doch der äußeren Erscheinung nach nur Eines und muß daher in einer Form errichtet

[a] cf. Gaj. II 180 §. 2 I. de pupill. substit. 2. 16. L. 2 §. 4 D. de vulg. substit. 28. 6. L. 2 §. 2 D. de her. vend. 18. 4.

werden, welche beide Willenserklärungen gemeinschaftlich zu umschließen vermag [5], diese Form ist jedoch nur einfach zu beobachten [b]. Da gemeinschaftliche Testamente nur als Ehestiftungen zulässig sind (§. 1217. 1248), so haben sie den Rechtsbestand der Ehe [6] zur bedingenden Voraussetzung (§. 1265).

Anm. [1] Hasse im Rhein. Mus. Bd. 3 S. 239 fg. 490 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 50 fg. Bd. 38 S. 214 fg. Heimbach im R. L. X S. 889 fg. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten (1860) S. 85 fg.; daselbst S. 87 Note 1 die übrige Literatur. Gengler, Lehrb. S. 1452 fg. Sächs. Gesetzb. §. 2196 ... 2202.

[2] Über das reine römische Recht in dieser Beziehung vgl. insbesondere Hartmann S. 92 fg. (und jetzt auch Schmidt, das formelle Recht der Notherben 1862 S. 189 Note 86), der sich m. E. mit Recht gegen die herrschende Ansicht erklärt, daß die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit der Handlung (unitas actus) das eigentliche Hinderniß der Errichtung gemeinschaftlicher Testamente bilde (Mühlenbruch Bd. 35 S. 55 fg. Puchta, Vorles. II S. 385. 386): wäre dies in der That der Fall, so könnten auch heutigen Tages gemeinschaftliche Testamente nicht zu Stande kommen. Vgl. auch Brinz S. 763. Über die gemeinrechtliche Doktrin vgl. Hartmann S. 106 fg.

[3] Über diese Schulausdrücke vgl. Mühlenbruch Bd. 38 S. 215 Note 74. Es versteht sich von selbst, daß auch nicht gemeinschaftliche Testamente wechselseitige Erbeinsetzungen enthalten können. L. 70 D. de her. inst. 28. 5.

[4] Gemeinschaftliche Testamente können auch von Brautpersonen errichtet werden, dafern nur die Abschließung der Ehe nachfolgt; arg. Hfdkrl 25. Juni 1817, Anhang Nr. 73. — Daß es nach österr. Recht nicht erforderlich ist, daß die Ehegatten sich in dem gemeinschaftlichen Testament wechselseitig zu Erben einsetzen, wie dies die gemeinrechtliche Doktrin verlangt (Brinz S. 764), oder auch nur einander wechselseitig auf den Todesfall bedenken, wie Arndts §. 500 wohl nach keiner Seite hin befriedigend verlangt, ergibt sich aus der Fassung des §. 1248, obwohl hiezu die Marginalrubrik „wechselseitige Testamente" freilich nicht ganz paßt; noch deutlicher hieß es im westgal. Gesetzb. II §. 378: „Es wird aber Ehegatten gestattet, in einem und dem nemlichen Testamente entweder sich selbst wechselseitig oder auch andere und verschiedene Personen als Erben zu erklären." Über resp. gegen die gemeinrechtliche Doktrin in dieser Beziehung vgl. Hartmann S. 113 fg. — Das von anderen Personen errichtete gemeinschaftliche Testament ist für alle Theile ungültig (§. 583. 601); würde jedoch das Gericht oder der Notar über mehrere mündlich und gemeinsam erklärte letztwillige Anordnungen ein gemeinschaftliches Protokoll aufnehmen, so wäre dieser Formfehler kein Hinderniß der Gültigkeit der mehreren Testamente.

[5] Da das gemeinschaftliche Testament in formeller Beziehung als Ein Testament erscheinen muß (§. 583. 1248), so kann es in schriftlicher Form zu Stande kommen, indem entweder beide Erblasser vor den Zeugen erklären, daß die von ihnen

[b] Theophil. ad §. 2 I. cit. 2. 16. L. 20 D. cit. 28. 6. cf. Nov. Valent. XX. 1 §. 1.

unterfertigte gemeinsame Urkunde ihren beiderseitigen letzten Willen enthalte und diese sich hierauf als Zeugen des gemeinschaftlichen letzten Willens unterfertigen (§. 579. vgl. Mühlenbruch Bd. 35 S. 60), oder indem jeder von beiden Erblassern seine Verfügung eigenhändig auf der gemeinsamen Urkunde niederschreibt und beide dieselben unterschreiben (§. 578), oder endlich indem die Erblasser gemeinschaftlich die von ihnen unterschriebene Urkunde dem Gericht oder dem Notar übergeben; in mündlicher Form aber nur durch gemeinschaftliche Erklärung des letzten Willens zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll. Durch mündliche wenn auch unmittelbar aufeinander folgende Erklärung vor denselben Zeugen kann, obwohl öfters das Gegentheil behauptet wird (Zeiller III S. 630. Hasse S. 239. Mühlenbruch Bd. 38 S. 215 Note 74 a. E. vgl. Hartmann S. 88. 94. 106), das gemeinschaftliche Testament ebensowenig zu Stande kommen als durch gleichzeitige Solennisirung zweier verschiedener Testamentsurkunden, da in beiden Fällen auch in formeller Beziehung zwei abgesondert für sich bestehende Testamente vorhanden sind; vgl. auch Nippel VII S. 628. 629. Stubenrauch III S. 445. 446. Ungenau ist die Bemerkung unserer Schriftsteller (Nippel IV S. 121. 122. Stubenrauch II S. 342 Nr. 3. Ellinger zu §. 583), daß es in Ansehung dieser Frage nur auf den Context der Urkunde ankomme.

6 Nicht auch den Fortbestand der Ehe, wie sich dies schon aus §. 575 von selbst ergibt. Die Vorschrift des §. 1266 hat nur vertragsmäßige und unwiderrufliche Verfügungen zum Gegenstande.

6. Ungültigkeit und Unwirksamkeit des Testaments.

a) Ursprüngliche Ungültigkeit.

§. 22.

Ein Testament, welches ungültig ist oder wird, ist ebendeshalb unwirksam[a]. Aber auch ein gültiges Testament kann unter Umständen unwirksam sein.

Das Testament ist von Anfang an nichtig, wenn ein wesentliches Erforderniß seiner Errichtung fehlt (sog. testamentum non jure factum, imperfectum, injustum[b]); somit wegen Unfähigkeit zur Testamentserrichtung (§. 566 fg.)[1], wegen Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form[c] von Seite des Erblassers (§. 601) und wegen Mängel des Testamentsinhalts, insbesondere wegen Mängel der Willensbestimmung (§. 565. 572. 778), der Willenserklärung (§. 570) oder des Willensinhalts (§. 564. 698. 712). Die Ungültigkeit erstreckt sich nicht weiter als der Nichtigkeitsgrund reicht;

[a] System II §. 91 Note 2. [b] L. 1. 2 D. de injusto, rupto, irrito facto testamento 28. 3. L. 2 §. 1 D. quemadm. testam. aper. 29. 3. L. 6 pr. D. de leg. Cornel. 48. 10. L. 18 D. de leg. III. L. 12 §. 1 D. de b. p. s. t. 37. 4. §. 7 i. f. I. quib. mod. test. infirm. 2. 17. [c] L. 1 D. h. t. 28. 3. L. 12 C. de test. 6. 23.

insbeſondere zieht die Ungültigkeit der Erbeinſetzung nicht auch die Ungültigkeit der übrigen teſtamentariſchen Verfügungen nach ſich.[2] Das urſprünglich ungültige Teſtament wird dadurch nicht gültig, daß der Nichtigkeitsgrund ſpäter hinwegfällt (576)[d]. Nachträgliche Beſtätigung oder Genehmigung des ungültigen Teſtaments von Seite des Erblaſſers hat die Bedeutung neuer Errichtung und muß daher in Teſtamentsform geſchehen[e] (§. 576)[3]; Anerkennung des abſolut ungültigen Teſtaments von Seite der Erben, welchen die Ungültigkeit zum Vortheil gereichen würde, vermag dem Teſtament nicht rechtlichen Beſtand zu verleihen, wohl aber, wenn ſie in dieſer Abſicht gemacht iſt, factiſche Wirkſamkeit zu gewähren[4].

Die Ungültigkeit eines Teſtaments, welches nicht ohnehin[f] ſofort als nichtig erſcheint[5], muß mittelſt Klage geltend gemacht werden, wenn der darin eingeſetzte Erbe die Erbſchaft vor Gericht angetreten hat (§. 797. 799); dieſe Nullitätsquerel, welche nichts anderes als die Erbrechtsklage mit anticipirter Replik der Nullität des Teſtaments iſt[g], verjährt in drei Jahren von der Zeit an, da der Teſtamentserbe ſich gerichtlich erbserklärt hat[h] (§. 1487)[6].

Anm. [1] Da die Erbfähigkeit des eingeſetzten Erben lediglich nach der Zeit des Erbanfalls zu beurtheilen iſt (§. 545), ſo iſt die Gültigkeit des Teſtaments, worin ein Erbunfähiger eingeſetzt iſt, bis zu dieſem Zeitpunkt in der Schwebe: iſt der Erbe zu dieſer Zeit noch erbunfähig, ſo iſt das Teſtament als von Anfang an nichtig zu betrachten, was im Fall des §. 713 von praktiſcher Wichtigkeit iſt.

[2] Vgl. oben §. 14 Anm. 1. Die Gültigkeit und Wirkſamkeit der einzelnen teſtamentariſchen Verfügungen iſt nur dann von einander abhängig, wenn der Erblaſſer ſelbſt dieſen unlösbaren Zuſammenhang unter ihnen hergeſtellt hat. So ſind insbeſondere Vermächtniſſe, wenn nicht der Erblaſſer eine beſtimmte Perſon ausſchließend damit beſchwert hat, unabhängig von dem Rechtsbeſtand der Erbeinſetzung und müſſen von demjenigen vollzogen werden, der das damit beſchwerte Vermögen erhält (vgl. §. 563. 726), gleich als hätte der Erblaſſer ſeinem Erben, wer es auch immer ſein möge (quisquis mihi heres erit) das Vermächtniß auferlegt. Die Regel des röm. Rechts: nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet (L. 1. §. 1 D. de leg. III.), sine heredis institutione nihil valet in testamento (L. 1 §. 3 D. de vulg. subst. 28. 6) gilt nach öſterr. Recht mit gutem Grunde nicht. Ganz ungerechtfertigt in ihrer Allgemeinheit iſt daher die Behauptung Stubenrauch's II S. 367 Nr. 3, daß aus der Ungültigkeit des Teſtaments

[d] L. 29. 201. 210 D. de R. J. L. 8 pr. L. 19 D. qui test. fac. 28. 1. §. 1. 5 I. quib. non. est permiss. 2. 12. [e] Syſtem II §. 92 Note 6. 8. §. 91 Note 66. [f] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 123. 126. [g] Syſtem II §. 91 Note 30. 32. 33. 34. cf. L. 47 D. de H. P. 5. 3. [h] Syſtem II §. 116 Note 19.

die Ungültigkeit des nur „als Anhang" zu demselben errichteten Codicills folge; die Berufung auf L. 16 i. f. D. de jure codic. 29. 7: testamento facto codicilli jus sequuntur ejus ist nutzlos, da diese Regel selbst nach österr. Recht nicht gilt.

[3] Die neue Testamentserrichtung kann allerdings auch in der Weise geschehen, daß auf das frühere Testament hingewiesen wird (Schliemann, Lehre vom Zwang S. 141); allein in diesem Falle muß die Vorschrift des §. 582 beobachtet sein. — Auf einer Verkennung der juristischen Bedeutung der Ratihabition eines ungültigen Testaments beruht die Argumentation von Zeiller II S. 450, Rippel IV S. 108, Winiwarter III S. 76 und Stubenrauch II S. 327 über die Schlußbestimmung des §. 576, daß „die Beibehaltung der früheren ungültigen Anordnung nicht als eine stillschweigende Willenserklärung angesehen werden könne, durch welche die darin getroffenen Verfügungen bestätigt werden": bedarf ja doch selbst eine solche ausdrückliche Willenserklärung der Testamentsform!

[4] Francke, über Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen, im Arch. f. civ. Praxis Bd. 19 Nr. 7. Bähr, die Anerkennung §. 51. In der Anerkennung eines absolut ungültigen Testaments, welche in Kenntniß der Nichtigkeit desselben und mit dem Willen sich zu binden erfolgt, liegt wie in dem Vergleich, der nichts anderes als eine entgeltliche Anerkennung ist, eine Verzichtleistung auf die Erbrechtsklage (cf. L. 43 D. de H. P. 5. 3. L. 5 §. 1 D. de his quae ut indign. 34. 9), nicht, wie man gewöhnlich annimmt (so auch Keller §. 497), ein Verzicht auf das Erbrecht, womit in Folge der nunmehr eintretenden ferneren Delation dem in dem nichtigen Testament eingesetzten Erben wenig geholfen wäre. Dagegen schließt die bloß faktische Anerkennung des Testaments, welche in Unkenntniß seiner Ungültigkeit gemacht wurde, die rechtliche Möglichkeit nicht aus, das Testament als nichtig zu behandeln. L. 8 D. de H. P. 5. 3. Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti judicium defuncti secutus est. L. 5 pr. D. de his quae ut indign. 34. 9. Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere .... L. 3 D. de leg. Corn. 48. 10. Qui ignorans falsum esse testamentum vel hereditatem adiit vel legatum accepit vel alio quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur. L. 3 C. eod. 9. 22. L. 19 D. de test. inoff. 5. 2 .... nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri. L. 4. 8 C. de jur. et fact. ign. 1. 18. Francke S. 187 fg. Samml. Nr. 118. — In der mit Wissen und Willen erfolgten Anerkennung eines relativ ungültigen Testaments (§. 778) liegt eine Verzichtleistung auf die Geltendmachung der relativen Nullität, wodurch das Testament in Rechtskraft verbleibt.

[5] So insbesondere, wenn das Testament an einem offenbaren Formmangel (vitium visibile) leidet (§. 123. 126 Ges. 9. Aug. 1854, dazu Unger, die Verlass. Abhandl. S. 118 Note 3), indem in einem solchen Fall der Testamentserbe angewiesen wird, als Kläger in dem der Erbschaftseinantwortung vorhergehenden petitorischen Erbrechtsstreite aufzutreten, in welchem er immerhin siegen mag, wenn er nachzuweisen im Stande ist, daß das Testament unter den Voraussetzungen privilegirter Anordnungen (§. 597 fg.) errichtet sei. Aber auch sog. innere Testamentsmängel können sofort am Tag liegen, so wenn das Testament (eines unbefugt Ausgewander-

ten oder) eines Unmündigen producirt wird oder ein Testament, dessen Datum sofort ausweist, daß es (von dem Verbrecher nach erfolgter Kundmachung des rechtskräftigen Strafurtheils (§. 574)), von dem Geisteskranken nach erfolgter Curatelsverhängung (§. 566. 567) u. s. f. errichtet worden sei: auch in solchen Fällen ist der Testamentserbe nicht für den „rechtmäßigen Erben" zu halten (Ges. 9. Aug. 1854 §. 123); denn darf auch der Abhandlungsrichter ein Testament nicht von amtswegen verwerfen (Ges. 9. Aug. 1854 §. 61), so kann er doch nicht genöthigt sein, ein offenbar oder doch aller Wahrscheinlichkeit nach (§. 567) ungültiges Testament zur Grundlage der Erbverhandlung zu nehmen. Unger, die Berl. Abh. S. 118 Note 3. Vgl. auch Pachmann, die Verjähr. S. 53 Anm. 30. Hat doch in ähnlichen Fällen auch der Prätor die Bonorum Possessio secundum tabulas nicht ertheilt: L. 19 D. qui test. fac. poss. 28. 1. Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest .... quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit. L. 1 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11. cf. L. 7 pr. D. de B. P. 37. 1. L. 1 D. unde legit. 38. 7. Leist, die bonor. possess. I S. 170 ... 188.

[6] Diese vielbesprochene Nullitätsquerel des §. 1487 (westgal. Gesetzb. III §. 624), welche mit den Bestimmungen des älteren böhmischen Rechts über die Confirmirung und Einverleibung der Testamente in die Landtafel und den dagegen binnen 6 Wochen resp. binnen 3 Jahren 18 Wochen zu erhebenden Widerspruch (sog. Odpor) zusammenhängt (Unger, die Berl. Abh. S. 53 fg. S. 56 Note 25), läßt sich nur durch die Beziehung zum Institut der Verlassenschaftsabhandlung in ihrer eigentlichen Bedeutung erkennen und auf ihren wahren Umfang zurückführen. System II §. 91 Note 32. Hat nemlich der in einem äußerlich fehlerfreien und hinsichtlich der Echtheit unbestrittenen Testamente eingesetzte Erbe die Erbschaft vor der Behörde angetreten und hiemit um gerichtlichen Einsatz in dieselbe gebeten, so wird derjenige, der die Ungültigkeit des Testaments behauptet, also der Intestaterbe oder der in einem früheren Testamente instituirte Erbe, angewiesen als Kläger aufzutreten und im Erbrechtsstreite die behauptete Nullität des Testaments zu beweisen (Ges. 9. Aug. 1854 §. 126, der jedoch zu eng und auch sonst unbefriedigend gefaßt ist: Unger, die Berl. Abhandl. S. 131 Note 14). Für diese Klage nun ist, ganz abgesehen von den Folgen, welche ihre Nichtanstellung innerhalb der vom Abhandlungsrichter bestimmten Präclusivfrist nach sich zieht (Ges. 9. Aug. 1854 §. 125. 127), eine kürzere Verjährungsfrist von drei Jahren bestimmt (§. 1487), um in die Erbrechtsverhältnisse schnelle Ordnung zu bringen und die Frage der Gültigkeit des Testaments nicht zu lange in der Schwebe zu lassen: nach Ablauf dieser Frist hat sich der wahre Erbe seines Rechts verschwiegen und kann die Herausgabe der Erbschaft von den mittlerweile immittirten Erben nicht mehr verlangen. Daraus ergibt sich einerseits, daß diese Nullitätsquerel angestellt werden muß, das echte und äußerlich fehlerlose Testament mag aus was immer für einem Grunde von Anfang an, ganz oder zum Theil (§. 568), nichtig sein (System II §. 91 Note 32, vgl. auch Zeiller IV S. 246), andererseits daß sie nicht angestellt zu werden braucht, wenn der in dem nichtigen Testamente eingesetzte Erbe die Erbschaft gar nicht angetreten hat (Ges. 9. Aug. 1854 §. 120. 128) oder wenn er selbst zum Erbrechtskläger vom Abhandlungsgericht bestimmt wurde (§. 126 ebda), oder wenn erst hinterher nach beendeter Verlassenschaftsabhandlung das nichtige Testament gefunden wird (§. 180 ebda), da die Nullitäts-

querel nichts anderes als die Erbrechtsklage mit anticipirter Nullitätsreplik ist und es gegen die ratio der ganzen Anordnung sowie gegen alle Prozeßpolitik verstoßen würde, wenn der im Besitz der Erbschaft befindliche Erbe auf Nullitätserklärung eines seinem realisirten Rechte scheinbar entgegenstehenden Testamentes klagen müßte: ein solcher Erbe mag der gegen ihn erhobenen Erbschaftsklage die unverjährbare Einwendung der Nullität des Testaments entgegensetzen. — Die Ansichten unserer Schriftsteller über den Sinn der in Hinsicht ihrer Fassung wie ihrer systematischen Stellung so sehr mißlungenen Anordnung des §. 1487 („die Rechte, eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen .... müssen binnen drei Jahren geltend gemacht werden. Nach Verlauf dieser Zeit sind sie verjährt") gehen weit auseinander. Die Meinungsverschiedenheit betrifft hauptsächlich drei Punkte. 1) Zunächst wird darüber gestritten, ob die Vorschrift des §. 1487 sich nur auf Testamente, oder auch auf Erbverträge und Codicille beziehe: diese Frage wird später erörtert und in Ansehung der Erbverträge bejaht, in Ansehung der Codicille verneint werden. 2) Die Nothwendigkeit der Nullitätsquerel wird von manchen Schriftstellern bald auf die einen, bald auf die anderen Fälle der ursprünglichen Ungültigkeit beschränkt. So wird von Nippel IX S. 108 die Ungültigkeit des Testamentes wegen Mängel der sog. äußeren Form, von Pachmann, die Verjährung S. 46. Nippel IX S. 109 fg. und Stubenrauch III S. 744 die Ungültigkeit des Testaments wegen Zwanges oder wesentlichen Irrthums, ferner wegen Sinnlosigkeit des Testators von der Vorschrift des §. 1487 ausgeschlossen, dagegen aber behauptet, daß die Gültigkeit des Testaments binnen drei Jahren bestritten werden müsse, wenn der Erblasser aus sonstigen Gründen testirunfähig gewesen sei. Diese und ähnliche willkürliche Unterscheidungen beruhen auf der unrichtigen Auffassung des Wortes „umstoßen", welches im §. 1487 nichts anderes als pro nullo declarari bedeutet. System II §. 91 Note 33; vgl. auch den Ausdruck „entkräften" im §. 1254. Jene Schriftsteller aber fassen die Anordnung des §. 1487 so auf, als sollte der wirklich vorhandene wahre Wille des Erblassers umgestoßen werden, und untersuchen nun mühsam, in welchen Fällen der ungültige Wille des Erblassers doch sein wahrer, durch die Klage erst zu entkräftender Wille sei. Am deutlichsten spricht sich hierüber Nippel IX S. 109 aus: „Umgestoßen wird eine letzte Willenserklärung dann, wenn die Tendenz der Anfechtung einer produzirten letztwilligen Anordnung nicht dahin geht, den wahren ernstlichen und letzten Willen des Erblassers in Zweifel zu ziehen, sondern die Bestreitung darauf gerichtet ist, den als richtig vorausgesetzten wahren ernstlichen und letzten Willen desselben als unwirksam darzustellen." Diese Auffassung und Unterscheidung ist gewiß ganz verfehlt: in rechtlicher Beziehung ist der letzte Wille des (Verbrechers (§. 574) oder) Verschwenders (§. 569) ebensowenig sein „wahrer Wille" als der des Sinnlosen (§. 566), da der eine aus natürlichen, der andere aus positiven Gründen rechtlich gar nicht wollen kann. L. 40 D. de R. J. Furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit nulla voluntas est. 3) Endlich wird darüber gestritten, von welchem Zeitpunkt an die Verjährung der Nullitätsquerel des §. 1487 beginne. Scheidlein, Miscellen V S. 116 läßt die Verjährung von der Todeszeit des Erblassers an laufen; Winiwarter V S. 237. 238, Stubenrauch III S. 744 und Ellinger zu §. 1487 berechnen den Verjährungslauf von der Publikation des nichtigen Testaments an; die richtige Ansicht, welche sich im Zusammenhang mit dem Institut der Verlassenschaftsabhandlung aus dem Begriff der Nativität der Klage ergibt

(Syſtem II §. 116 Note 19) und wofür auch die Analogie der hereditatis petitio intestati ex causa inofficiosi ſpricht (L. 8 §. 10 D. de inoff. test. 5. 2 .... quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela), hat Pachmann, die Verjährung S. 46.

b) Nachfolgende Ungültigkeit.

α) Kraft Rechtsvorſchrift.

§. 23.

Ein gültiges Teſtament kann durch Umſtände, welche nach ſeiner Errichtung eintreten, entkräftet werden[a]. Die Entkräftung des Teſtaments kann durch den Willen des Erblaſſers oder durch andere Gründe herbeigeführt werden.

1) Ein rechtsgültig errichtetes Teſtament wird durch hinterher eintretende Hinderniſſe gültiger Errichtung deſſelben nicht ungültig (§. 575)[b]. Insbeſondere wird ein Teſtament dadurch nicht entkräftet (ſog. testamentum irritum[c]), daß der Erblaſſer ſpäterhin die Teſtirfähigkeit aus natürlichen[d] oder anderen Gründen verliert. Ausnahmsweiſe wird das früher errichtete Teſtament eines Deſerteurs[e] ungültig.

2) Das Teſtament eines kinderloſen Erblaſſers wird unter Umſtänden durch die Nachgeburt eines Notherben entkräftet (778)[f]; darüber das Nähere im dritten Capitel.

3) Privilegirte Teſtamente werden ungültig durch Ablauf der Begünſtigungszeit (§. 600)[g].

Anm. Über das ſog. testamentum irritum vgl. insbeſondere Mühlenbruch Bd. 39 S. 10 fg., dem Heimbach im R. L. X S. 971 fg. folgt. — Die theilweiſe Teſtirunfähigkeit des Verſchwenders (§. 568) beginnt erſt mit der Zuſtellung oder öffentlichen Bekanntmachung der gerichtlichen Prodigalitätserklärung (§. 273); das bis zu dieſem Moment errichtete Teſtament bleibt gültig (a. A. mit Unrecht Zeiller II S. 450, dagegen Rippel IV S. 106. Winiwarter III S. 74). Der deshalb leicht möglichen Eludirung der Vorſchrift des §. 568 beugt das preuß. Landr. (I 12 §. 32. 33) allerdings vor, indem es die Beſchränkung der Teſtirfähigkeit ſchon mit dem Antrag auf Prodigalitätserklärung oder der Verwarnung des Verſchwenders eintreten läßt; allein dieſe Vorkehrung iſt inconſequent und läßt ſich wohl nicht billigen. Vgl. Gans, Beitr. zur Reviſion I S. 150 fg.

[a] Syſtem II §. 91 Note 17. 15. [b] L. 85 §. 1 D. de R. J. Syſtem II §. 91 Note 18. [c] cf. L. 6 §. 5 sq. D. de injust. test. 28. 3. §. 4. 5 I. quib. mod. test. 2. 17. [d] §. 1 . . . 3 I. quib. non est permiss. 2. 12. L. 6 §. 1 L. 18 pr. L. 20 §. 4 D. qui test. fac. 28. 1. L. 1 §. 9 D. de b. p. s. t. 37. 11. Syſtem II §. 91 Note 23. [e] Milit. Strafg. §. 208 lit. b. [f] Weſtgal. Geſetzb. II §. 511. [g] Oben §. 11.

β) Kraft des Willens des Erblassers.

§. 24.

Der Erblasser kann sein Testament zu jeder Zeit nach Belieben wieder aufheben[1]. Diese Möglichkeit des Widerrufs[2] kann sich der Testator durch einseitige Erklärung nicht benehmen und selbst in Ansehung der Form des Widerrufs seinen Willen nicht in wirksamer Weise binden[3]; hat jedoch der Erblasser seiner letztwilligen Verfügung den beschränkenden Zusatz beigefügt, daß jede spätere Anordnung überhaupt oder falls sie nicht in einer bestimmten Form errichtet oder mit einem bestimmten Merkmal bezeichnet werde, ungültig sein solle (sog. derogatorische Clausel)[4], so ist zur wirksamen Aufhebung der früheren Anordnung durch Errichtung einer neuen erforderlich, daß in der späteren Anordnung jene allgemeine oder besondere Beschränkung ausdrücklich zurückgenommen werde oder daß die neue Anordnung in der bestimmten Form errichtet oder mit dem bestimmten Merkmal versehen werde[a] (§. 716)[5]. Durch Vertrag kann dem Erblasser die Freiheit der Willensänderung nur insofern entzogen werden, als ein gültiger Erbvertrag unter den vertragschließenden Parteien errichtet werden kann (§. 1249), da der Verzicht auf die Widerruflichkeit der Erbeinsetzung das Wesen des Erbvertrags ausmacht[6]. Auch die in einem gemeinschaftlichen Testamente (§. 1248) enthaltenen Verfügungen kann jeder Erblasser einseitig wieder aufheben und es zieht insbesondere auch bei wechselseitigen Testamenten, falls nicht etwas anderes erklärt ist[7], der Widerruf der Verfügung des Einen nicht auch die Aufhebung der Verfügung des Andern von selbst nach sich (§. 1248)[b]: im Zweifel[8] gilt das wechselseitige Testament nicht als ein sog. correspektives Testament[9].

Das Testament kann widerrufen werden: 1) Durch ausdrückliche Willenserklärung (sog. wörtlicher Widerruf §. 717) des testirfähigen Erblassers; doch kann ein gerichtlich erklärter Verschwender seinen vor oder nach der Prodigalitätserklärung errichteten letzten Willen widerrufen (§. 718). Der Widerruf muß unter Beobachtung einer der für die Testamentserrichtung vorgeschriebenen Formen geschehen (§. 719)[c], nicht gerade in jener Form, in welcher die

[a] Samml. Nr. 161. 183.
[b] System II §. 130 Note 45.
[c] Notar. Ordn. 21. Mai 1855 §. 65.

widerrufene letztwillige Verfügung errichtet wurde[10]. 2) Durch Vertilgung des ſchriftlichen Teſtaments oder ſeines Inhalts[d], welche der widerrufsfähige (§. 718)[e] Erblaſſer in der Abſicht das Teſtament aufzuheben vorgenommen hat[f], wie durch Zerſtörung der Teſtamentsurkunde, Austilgung der Unterſchriften (§. 578 ... 580), Auslöſchung ſämmtlicher Verfügungen (§. 721, ſog. ſtillſchweigender Widerruf[g])[11]. Vertilgt der Erblaſſer nur eines der mehreren Originalexemplare, ſo behält das Teſtament im Zweifel ſeine Kraft (§. 721)[h]. Zufällige Verletzungen der Teſtamentsurkunde[i] ſchaden ebenſowenig, als das Verlorengehen derſelben[k], falls nur der Zufall gerichtsordnungsmäßig erwieſen und der Inhalt des Teſtaments durch die übereinſtimmende eidliche Ausſage der drei Teſtamentszeugen oder, dafern einer von dieſen nicht mehr vernommen werden kann, die beiden übrigen Teſtamentszeugen dargethan werden kann[l] (§. 722. 586)[12]. 3) Durch Errichtung eines gültigen neuen Teſtaments, woraus der Eingeſetzte möglicher Weiſe Erbe werden kann[m]. Das frühere Teſtament wird dadurch von ſelbſt[n] ſeinem ganzen Inhalt nach aufgehoben, mag gleich der in dem ſpäteren Teſtament eingeſetzte Erbe nur zu einem Theile des Nachlaſſes berufen ſein, es müßte denn der Erblaſſer ſeinen Willen, daß das frühere Teſtament dennoch ganz oder theilweiſe fortbeſtehen ſolle, deutlich zu erkennen gegeben haben[o] (§. 713)[13]. Das frühere Teſtament lebt dadurch nicht wieder auf, daß das ſpätere Teſtament ungültig oder unwirkſam[p] wird[14]; hat jedoch der Erblaſſer das ſpätere Teſtament in der Abſicht aufgehoben, das frühere ſchriftliche wieder gelten zu laſſen, ſo kommt dieſes, nicht auch ein früheres mündliches Privatteſtament, wieder zu Kräften[q] (§. 723)[15]. Läßt ſich nicht ermitteln, welches der beiden Teſtamente das ſpätere ſei, oder ſind beide von

[d] Dig. de his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur. 28. 4. [e] L. 20 D. de injust. test. 28. 3. [f] L. 1 §. 10 L. 2 §. 7 L. 8 §. 3 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 1 §. 8 D. si tab. test. 38. 6. L. 30 C. de test. 6. 23. [g] System II §. 85 Note 10. [h] L. 4 D. h. t. 28. 4. L. 1 §. 5 D. de b. p. s. t. 37. 11. cf. L. 1 §. 7 eod. [i] System II §. 72 Note 3. [k] L. 1 pr. §. 1. 3 D. h. t. L. 10 §. 2 D. testam. quemadm. aper. 29, 3. L. 1 §. 3. 10. 11 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 2. 11. 30 C. cit. [l] Samml. Nr. 115. [m] §. 2. 7 I. quib. mod. test. 2. 17. L. 1. 2. 16 D. de injust. test. 28. 3. L. 21 §. 5 C. de test. 6. 23. [n] L. 27 C. de test. 6. 23. [o] §. 3 I. cit. 2. 17. L. 12 §. 1 D. cit. 28. 3. L. 29 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [p] §. 2 I. cit. L. 16 D. cit. L. 36 §. 4 D. de test. mil. 29. 1. L. 11 §. 2 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 12 §. 1 D. de b. p. c. t. 37. 4. [q] L. 11 §. 2 D. de b. p. s. t. 37. 11.

gleichem Alter[r], ſo gelten beide nebeneinander als wären ſie Eines (§. 715) [16].

Anm. [1] Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. L. 4 D. de adimend. leg. 34. 4. L. 32 §. 3 D. de donat. int. vir. et uxor. 24. 1. L. 6 C. qui testam. fac. 6. 22. L. 19 C. de test. 6. 23. Weſtgal. Geſetzb. II §. 500.

[2] Das bürg. Geſetzb. begreift zwar unter dem Ausdrucke „Widerruf" nur die beiden unter 2 und 3 im Text angegebenen Arten deſſelben (§. 717 fg. und Marginalrubrik dazu), allein es kann keinem Bedenken unterliegen, dieſen Ausdruck in dem ihm gebührenden weiteren Umfang zu gebrauchen (vgl. auch Stubenrauch II S. 552 Nr. 1), in welchem er auch in §. 1248 vorkömmt.

[3] Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat. L. 22 pr. D. de leg. III. L. 6 §. 2 D. de codicill. 29. 7. L. 89 pr. D. de leg. II.

[4] Mühlenbruch Bd. 38 S. 169 fg. Man pflegt dieſe Clauſel bei uns auch caſſatoriſche Clauſel zu nennen: allein dieſer Ausdruck wird ſonſt zur Bezeichnung der Erklärung des Erblaſſers gebraucht, daß der Bedachte den ihm zugedachten Vortheil verlieren ſolle, wenn er die letztwillige Verfügung beſtreite (§. 720) oder die feſtgeſetzten Modalitäten nicht erfülle. Mühlenbruch S. 171 Note 84.

[5] Die derogatoriſche Clauſel muß in der neuen Anordnung ausdrücklich widerrufen werden, wenn dieſe gültig ſein ſoll: die Erklärung in der ſpäteren Anordnung, daß jede frühere null und nichtig und die nunmehr errichtete die einzig gültige ſein ſolle, würde hiezu nicht genügen. Samml. Nr. 147. 236. Die Anordnung des §. 716, welche früher vielfach auch von gemeinrechtlichen Schriftſtellern vertheidigt wurde und auch in neuere Geſetzgebungen übergegangen iſt (heſſ. Entw. Art. 180), läßt ſich doch wohl nicht loben (vgl. Mühlenbruch S. 173 fg. 183 fg. 201 fg.). Sie ſoll den Zweck haben, Unterſchiebungen einer letztwilligen Erklärung vorzubeugen ſowie Zudringlichkeiten und Nöthigungen zur Abänderung einer ſolchen unſchädlich zu machen. Zeiller II S. 695. Motive zum heſſ. Entw. S. 119. In letzterer Beziehung iſt eine beſondere Vorkehrung ganz überflüſſig, da der Erblaſſer den Widerruf der ihm abgedrungenen Verfügung zu jeder Zeit in der einfachſten Weiſe bewerkſtelligen kann (§. 719); was aber die befürchtete Unterſchiebung betrifft, ſo liegt in der Anordnung des §. 716 kein ſicheres Gegenmittel, da die unterſchobene Willenserklärung auch die ausdrückliche Aufhebung der derogatoriſchen Clauſel enthalten kann. Dagegen erzeugt die Beſtimmung des §. 716 praktiſche Nachtheile, da der Erblaſſer gar leicht vergeſſen mag, daß er dem früheren Teſtament, das ihm vielleicht nicht zur Hand iſt, eine derogatoriſche Clauſel beigefügt hat (vgl. auch Füger, Erbr. II S. 308), da ferner durch das Erforderniß der ausdrücklichen Widerrufung der derogatoriſchen Clauſel nicht ſelten jener Wille des Erblaſſers zur Geltung gebracht wird, der in der That nicht ſein letzter Wille iſt (Samml. Nr. 147. 236), und da endlich überhaupt darüber häufig Streit entſtehen wird, ob in dem neuen Teſtament den Vorſchriften des §. 726 genügt ſei oder nicht (vgl. Samml. Nr. 161). — Unrichtig iſt die Behauptung Stubenrauch's II S. 558, daß bei Nichtbeobach-

[r] L. 1 §. 6 D. eod. 37. 11.

tung der Vorschrift des §. 716 „vermuthet werde, daß das spätere Testament oder Codicill unecht oder erzwungen sei" (System II §. 130 Note 34), und vollends verfehlt die Behauptung, daß „diese Vermuthung immerhin (?) einen Gegenbeweis zulasse", wofür sich auf L. 6 §. 2 D. de jure codic. 29. 7 berufen wird, also auf jene Stelle, welche gerade im Gegensatz zu §. 716 die durchgreifende Regel aufstellt: ea quae postea geruntur, prioribus derogant. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2211.

[6] Vgl. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 116 fg. und unten §. 26. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2213.

[7] Da das Verbot captatorischer Dispositionen nach österr. Recht nicht besteht (oben §. 16 Anm. 8), so steht auch der Gültigkeit der Erbeinsetzung unter der Bedingung, daß der andere Erblasser seinen letzten Willen nicht ändere, nichts entgegen (vgl. Hartmann S. 128 fg.). Ist nun die gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen durch ausdrückliche Erklärung der Testatoren festgesetzt, so muß man doch wohl annehmen, daß der Widerruf, und zwar auch der theilweise, der einen Verfügung die andere Verfügung sofort und gänzlich vernichte. Vgl. Hartmann S. 138 fg. 140 fg.

[8] Die entgegengesetzte Ansicht herrscht in der gemeinrechtlichen Doktrin vor (vgl. Brinz S. 763. 764); hienach wird bei wechselseitigen Testamenten überhaupt oder doch unter Ehegatten angenommen, der Bestand der letztwilligen Verfügung des Einen sei stillschweigend davon abhängig gemacht worden, daß die letztwillige Disposition des Andern aufrecht erhalten bleibe. Vgl. darüber und dagegen Hartmann S. 134 fg.

[9] Auch dann, wenn beide Ehegatten sich wechselseitig zu Erben eingesetzt und auf den Todesfall des Überlebenden einen Dritten zu ihrem Gesammterben ernannt haben, kann der Überlebende, der auf Grund seines Testamentes die Erbschaft angetreten hat, seine letztwillige Erklärung immer noch nach Belieben widerrufen (§. 1248). In der Berufung des Dritten zum Gesammtnachlaß liegt eine fideicommissarische Substitution rücksichtlich des besonderen Nachlasses jedes der beiden Gatten, welche nach österr. Recht (§. 608) ohnehin zugleich eine gemeine Substitution (für den Fall des früheren Todes des zum Vorerben eingesetzten Gatten) stillschweigend in sich enthält. Ein solches wechselseitiges Testament enthält sonach zwei Institutionen, zwei fideicommissarische und zwei gemeine Substitutionen. Ist nun in solchem Fall die gegenseitige Abhängigkeit beider letztwilligen Verfügungen von einander ausdrücklich erklärt worden (sog. correspektives Testament im engeren Sinn), so hat der spätere Widerruf von Seiten des Überlebenden im Zweifel doch nur die Wirkung, daß der fideicommissarisch Substituirte jetzt bereits als Vulgarsubstitut die Herausgabe der Erbschaft verlangen kann (§. 608. 708, oben §. 16 Anm. 27), da der Widerruf von Seiten des einen Erblassers in der Regel nur die Vereitelung der seiner eigenen Erbeinsetzung beigefügten Bedingung (si testamentum suum non mutaverit), nicht auch die Aufhebung der übrigen testamentarischen Verfügungen des anderen Erblassers nach sich zieht. Im gemeinen Recht ist diese Frage überaus zweifelhaft und viel besprochen; vgl. Hasse im Rhein. Mus. Bd. 3 S. 239 fg. 490 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 60 fg. Bd. 38 S. 218 fg. Bolley, Beitrag zur Lehre von den correspekt. Testamenten der Eheleute 1848. Buchka in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 12 Nr. 6. Zimmermann im Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd. 1 Nr. 19. Hartmann S. 142 fg. 147 fg. 169 fg. Gengler, Lehrb. S. 1455 fg. Vgl. sächs. Gesetzb.

§. 2214. In Österreich kommen m. W. solche gemeinsame Testamente über den Gesammtnachlaß nur selten vor; die Theorie hat sich mit ihnen bisher nicht beschäftigt.

[10] Samml. Nr. 296. — Die Behauptung Füger's II S. 266. 267. (vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2217), daß der in privilegirter Form errichtete Widerruf nach Ablauf von sechs Monaten wirkungslos werde (§. 599) und daß in solchem Fall die widerrufene Anordnung wieder gelte, ist sicher verkehrt: als ob der gültige Widerruf nicht sofort seine Wirkung äußern würde! — Die Zurücknahme des öffentlichen Testaments aus gerichtlicher oder notarieller Verwahrung hebt dasselbe nicht auf, wenn es nur als Privattestament bestehen kann (oben §. 12 Anm. 3): als Widerruf kann die Zurücknahme in diesem Fall nicht behandelt werden, weil es hiezu an der erforderlichen Form fehlt. Vgl. dagegen sächs. Gesetzb. §. 2215. — Der Widerruf einzelner testamentarischer Anordnungen kann in dem Testamente selbst vorgenommen werden; insbesondere kann eine vorhergehende Erbeinsetzung in demselben Testamente zurückgenommen (L. 17 §. 2 D. de test. mil. 29. 1. Arndts im R. L. III S. 885 fg.) und eine bedingte Erbeinsetzung an die Stelle einer früheren unbedingten gesetzt werden (Arndts S. 887. 888). Vgl. oben §. 16 Anm. 14.

[11] Graßl, einige Bemerkungen zur Lehre vom stillschweigenden Widerruf, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1833 I Nr. 3. — Daß durch absichtliche Vernichtung der schriftlichen Aufzeichnung des mündlich errichteten Testaments (§. 585) dasselbe nicht entkräftet werde, versteht sich von selbst. Mühlenbruch Bd. 39 S. 99 fg. Zeiller II S. 701. Bei theilweiser Tilgung des Inhalts bleibt das Übrige aufrecht (westgal. Gesetzb. II §. 506; L. 1 §. 5 L. 2 D. h. t. L. 2 §. 7 L. 8 §. 3 D. de b. p. s. t. 37. 11) und zwar auch dann, wenn sämmtliche Erbeinsetzungen getilgt wurden, so daß die anderweitigen testamentarischen Anordnungen, insbesondere die Vermächtnisse bestehen bleiben; über das röm. Recht in dieser Beziehung (L. 2. 3 D. h. t.) vgl. Mühlenbruch Bd. 39 S. 83 fg. 112 fg., dem hier wie sonst Heimbach im R. L. Bd. 10 S. 965 fg. durchwegs folgt, und Bangerow II S. 244. Das absichtlich Durchstrichene ist nach österr. Recht immer pro non scripto zu halten (Stellen der Note f) und fällt in keinem Fall an den Fiscus, wie nach L. 12 D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 16 §. 2 D. eod. Arndts §. 520 Anm. 1 lit. 1. Brinz S. 794.

[12] Mit Unrecht behaupten Rippel IV S. 441. 442, Ellinger zu §. 722 und Füger, Erbr. II S. 309 fg., daß als Beweiszeugen auch andere als die Testamentszeugen dienen können; dagegen auch Winiwarter III S. 267. Stubenrauch II S. 567 Note **; vgl. auch westgal. Gesetzb. II §. 507. Allerdings läßt sich hiernach der Beweis des Inhalts eines holographen oder auch eines allographen Testaments, wenn er den zugezogenen Zeugen nicht eröffnet wurde, nicht herstellen; diese größere Strenge (vgl. über das gem. Recht Mühlenbruch S. 110. 111) läßt sich jedoch immerhin rechtfertigen. Mit Unrecht führt man die Beweisvorschrift des §. 722 (cf. L. 30 C. cit. 6. 23) öfters auf vermeintliche Vermuthungen zurück (Rippel IV S. 441. Stubenrauch II S. 567 Nr. 5; ebenso Mühlenbruch S. 105 fg.) System II §. 129 Note 22a.

[13] Nach österr. Recht gilt, wie nach röm. Recht bei Soldatentestamenten (L. 19 pr. L. 36 pr. §. 1 D. de test. mil. 29. 1. Mühlenbruch Bd. 38 S. 335 fg. 470. 471 Bd. 42 S. 94 fg. Reuner, die heredis institutio S. 487. 488) der Grundsatz, daß der Erblasser cum pluribus testamentis decedere potest, so daß

es eben nur eine Interpretationsfrage iſt, ob und inwieweit der Erblaſſer durch die Errichtung des ſpäteren Teſtamentes das frühere aufheben wollte. Die Löſung dieſer Interpretationsfrage enthält §. 713, deſſen Anordnung jedoch gewiß nicht durchwegs zu billigen iſt, indem darnach in vielen Fällen dem Willen des Erblaſſers geradezu entgegen gehandelt wird (vgl. auch Füger II S. 268 fg.). Allerdings, wenn der Erblaſſer in dem früheren und in dem ſpäteren Teſtament oder doch in dem letzteren ſchlechthin über das Ganze verfügt, und alſo einen Erben ohne Theilbeſtimmung ernennt, dann bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung, daß das frühere Teſtament fortbeſtehen ſolle (L. 19 pr. cit.). Ganz anders jedoch, wenn in beiden Teſtamenten oder doch in dem letzteren nur über beſondere Quoten verfügt wird: dann verſteht es ſich ſchon von ſelbſt, daß das frühere Teſtament fortbeſtehen ſolle, und es bedürfte vielmehr einer ausdrücklichen Erklärung, daß dies nicht ſtattfinden ſolle. So wird denn auch im röm. Recht bei Soldatenteſtamenten entſchieden, wenn in dem früheren Teſtament ein Erbe zum Ganzen und in dem ſpäteren ein Erbe zu einem Theil des Nachlaſſes berufen wird: prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores contulerit. L. 36 §. 1 cit. cf. L. 36 pr. eod. 29. 1. Ja ſelbſt bei testamentis paganorum wird in der ſpäteren Erbeinſetzung auf einen beſtimmten Gegenſtand (institutio ex re certa) die ſtillſchweigende Willenserklärung gefunden, daß das frühere Teſtament beſtehen bleiben ſolle (§. 3 I. cit. 2. 17. L. 29 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Mühlenbruch S. 472 fg., vorzüglich aber Reuner S. 74 fg., dem Arndts §. 502 Anm. 3 lit. e beiſtimmt, und Fein Bd. 45 S. 265 fg.; vgl. jedoch noch Vangerow II S. 238), und es wird mit Recht behauptet (Reuner S. 90), daß daſſelbe gelten müſſe, wenn der ſpätere Erbe nur auf eine Quote des Nachlaſſes inſtituirt werde, da auch hier der Wille, bei dem früheren Teſtament zu beharren, aus den Umſtänden deutlich erkennbar iſt (Reuner S. 88 fg. Note 30). Wenn man bei uns zur Rechtfertigung der entgegengeſetzten, in allen Fällen eine ausdrückliche Willenserklärung des Erblaſſers fordernden Beſtimmung des §. 713 gewöhnlich anführt (Zeiller II S. 687. 688. Winiwarter III S. 256. Stubenrauch II S. 553 Nr. 3), daß in beiden Teſtamenten über denſelben Gegenſtand (Geſammtheit des Nachlaſſes reſp. Berufung zur ſog. Repräſentation des Erblaſſers) verfügt werde, ſo folgt aus dieſer richtigen Prämiſſe das daraus Abgeleitete durchaus nicht. Denn wenn der Erblaſſer in ſeinem ſpäteren Teſtament nur über eine Quote des Nachlaſſes verfügt, ſo mag er vielleicht die Intention haben, daß die geſetzlichen Erben den übrigen Theil des Nachlaſſes erhalten ſollen, er kann aber auch die Abſicht haben, daß die früher ernannten Erben dieſen Theil behalten ſollen, und die Frage iſt eben die, welche dieſer beiden möglichen Intentionen es wirklich gehabt habe. Kann man nun aber mit Grund daran zweifeln, daß der Erblaſſer die Abſicht habe, das frühere Teſtament fortbeſtehen zu laſſen, wenn in demſelben A zum Ganzen oder zu einem Drittel, in dem ſpäteren aber B zu einem Viertel berufen wird? Und beruht es nicht auf ängſtlichem Formalismus, wenn man verlangt, daß er dieſen Willen ausdrücklich ausſpreche? Gewiß wäre es richtiger geweſen, in §. 713 zu beſtimmen, daß ein früheres Teſtament durch ein ſpäteres aufgehoben werde, dafern nicht der Wille des Erblaſſers, das frühere Teſtament fortbeſtehen zu laſſen, ausgeſprochen oder aus den Umſtänden erkennbar ſei. Hieß es doch auch noch im weſtgal. Geſetzb. II §. 500: „Eine ſpätere gültige Willenserklärung hebt die frühere auf, wenn beide nicht vereinbarlich ſind.“ Vgl. auch Cod.

civ. a. 1936. hess. Entw. Art. 181. Sächs. Gsyb. §. 2216. — Nach §. 713 soll der Wille des Fortbestandes des früheren Testaments „in dem letzteren" erklärt sein; diese Vorschrift wird man wohl nicht buchstäblich zu nehmen haben: wenn etwa der Erblasser erklärt, daß er „im Nachtrag zu seinen beiden Testamenten" vom so und so vielten bestimme ꝛc., oder wenn er beide Testamente in einem Umschlag versiegelt hinterlegt hätte, sollte da nicht etwa auch das frühere gelten, obgleich es nicht in dem späteren selbst bestätigt wurde? Vgl. auch Füger II S. 271 fg. — Hat der Erblasser bloß deshalb ein neues Testament gemacht, weil er irrthümlich glaubte, daß der im früheren Testament eingesetzte Erbe gestorben sei, so ist die spätere Erbsernennung wegen jener irrigen Voraussetzung relativ ungültig (§. 572); die Frage, ob die in dem späteren Testament angeordneten Vermächtnisse aufrecht bleiben und von dem früher eingesetzten Erben zu entrichten seien, ist eine quaestio facti, welche in der Regel wohl zu bejahen sein wird. cf. L. 92 D. de her. inst. 28. 5. L. 28 D. de inoff. test. 5. 2. — Über die Aufhebung früherer Vermächtnisse durch ein späteres Testament vgl. unten §. 61 Anm. 7.

[14] Die Behauptung Füger's II S. 278 fg., daß das frühere Testament wieder auflebe, wenn das spätere unwirksam werde, bedarf keiner ausführlichen Widerlegung: es ist eben unrichtig, daß „die Wirksamkeit implicite in der Gültigkeit enthalten sei" und daß deshalb unter dem Ausdruck: „gültiges Testament" im §. 713 ein gültiges und wirksames Testament zu verstehen sei. Eben so unhaltbar ist die Behauptung dieses Schriftstellers II S. 280 fg., daß, wenn das spätere Testament nur theilweise gültig oder unwirksam sei, das frühere Testament auch nur theilweise aufgehoben werde.

[15] Hebt ein gerichtlich erklärter Verschwender das spätere Testament auf (§. 718), so kommt das früher errichtete vollständig, nicht etwa nur in Ansehung der Hälfte seines Nachlasses (§. 568), wieder zu Kräften; a. M. Stubenrauch II S. 560. Füger II S. 261. fg.

[16] Über das röm. Recht vgl. Mühlenbruch S. 480 fg. 486. fg. Vangerow II S. 243. Über das Benehmen des Abhandlungsgerichtes bei Erbserklärungen aus Testamenten ohne Datum oder von gleichem Datum vgl. Unger, die Verlass. Abhandl. S. 131 Note 14. Die in den beiden Testamenten oder in einem derselben angeordneten Vermächtnisse sind von den Erben gemeinschaftlich zu tragen (cf. L. 36 pr. D. cit. 29. 1), nach Vorschrift des §. 690 fg. (vgl. Winiwarter III S. 259. Ellinger zu §. 715); willkürlich und verkünstelt ist die Behauptung, daß in diesem Fall die Legate nur bis zu einem gewissen Betrag zu entrichten seien oder daß gar eine verhältnißmäßige Vertheilung des Nachlasses zwischen den Erben und Legataren stattzufinden habe (Nippel IV S. 429. fg. Stubenrauch II S. 557; dagegen auch Füger II S. 305 fg.).

c) Unwirksamkeit des Testaments.

§. 25.

Das Testament wird durch Wegfall des eingesetzten Erben unwirksam (§. 726 sog. testamentum destitutum s. desertum[a]), sei

[a] §. 7. 8 I. de hered. quae ab intest. 3. 1. L. 1 i. f. D. de injust. test. 28. 3.

es, daß dieſer nicht Erbe werden kann (§. 536. 545. 699. 703) oder nicht Erbe werden will (§. 805)[1]. Die erledigte Erbſchaft fällt an die geſetzlichen Erben[b] (§. 726. 727), welche jedoch die übrigen teſtamentariſchen Anordnungen erfüllen und insbeſondere die ausgeſetzten Vermächtniſſe entrichten müſſen (§. 726. 563)[2]. Fallen auch die geſetzlichen Erben hinweg[3], ſo werden die Legatare im Verhältniß der Größe ihrer Vermächtniſſe zur Erbſchaft berufen[c] (§. 726), und erſt wenn auch ſie die Erbſchaft nicht annehmen, wird der Nachlaß zu erbloſem Gut (§. 760)[4].

Anm. [1] Über das ſog. testamentum destitutum nach gem. Recht vgl. Mühlenbruch Bd. 39 S. 39. fg. Bangerow II §. 459. Heimbach im R. L. X S. 977 fg. Es wird hier vorausgeſetzt, daß der wegfallende Erbe auf den ganzen Nachlaß eingeſetzt ſei oder daß ſämmtliche ohne Theilbeſtimmung eingeſetzte Erben hinwegfallen (§. 560 fg.).

[2] Anders nach röm. Recht: L. 181 D. de R. J. Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur. L. 9 D. de test. tut. 26. 2. Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quae testamento scripta sunt .... L. 73 pr. i. f. D. ad leg. Falc. 35. 2. §. 2 i. f. I. eod. 2. 22. L. 12 §. 5 D. de bon. libert. 38. 2. Mühlenbruch S. 44 fg. 51 fg. 68 fg. Daher iſt auch im öſterr. Recht zu einer Anordnung, wie ſie das Edikt des Prätors: Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem Dig. 29 4. im Intereſſe der Legatare und Sklaven traf (cum enim omisso testamento hereditas possideretur, legatorum quidem et libertatum ratio habenda est, quia aliter quam ab herede dari non potuerunt), gar keine Veranlaſſung vorhanden; vgl. unten §. 37 Anm. 6. — Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 277 fg.

[3] Auf ängſtlicher und ungerechtfertigter Buchſtabeninterpretation (cf. L. 10 D. de jure fisci 49. 14) beruht es, wenn man die Legatare nur für den Fall der „Entſagung" der geſetzlichen Erben zur Erbſchaft zulaſſen will (Nippel V S. 448. 449. Winiwarter III S. 174. 175. Stubenrauch II S. 573. Ellinger zu §. 726); der leitende Gedanke iſt vielmehr der, daß der Erblaſſer ſeinen Nachlaß lieber den Legataren als dem Fiscus gönnt und von dieſem Standpunkte aus möchte ſich die eigenthümliche Vorſchrift des §. 726 immerhin rechtfertigen laſſen, wenn nur conſequenter Weiſe daſſelbe bei Inteſtatcodicillen für den Fall, daß die geſetzlichen Erben hinwegfallen, angeordnet wäre.

[4] Die Legatare, welche die angebotene Erbſchaft ausſchlagen, behalten ihre Vermächtnißanſprüche gegen den Fiscus. Über einen ähnlichen Fall im R. R. (Nov. 1 c. 1 §. 1. 3) vgl. Mühlenbruch S. 72. Schröter in der Gieß. Ztſchr. Bd. 10 S. 127.

[b] §. 7. 8 I. cit. L. 1 §. 1 D. quis ordo 38. 15. Gaj. II 144. [c] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 121.

7. Erbverträge[1].

§. 26.

Der Testator kann unter Umständen auf die rechtliche Möglichkeit des Widerrufes der Erbeinsetzung durch einen mit dem ernannten Erben geschlossenen Vertrag Verzicht leisten. Ein solches vertragsmäßig unwiderrufliches Testament heißt Erbvertrag (Erbeinsetzungsvertrag). Der Erbvertrag enthält weder das obligatorische Versprechen der künftigen Erbschaft des Erblassers[2], noch die an sich unverbindliche Zusage, den Promissar künftig zum Erben einzusetzen[a]; ebensowenig besteht er in der Einräumung eines sofortigen festen Rechtes auf Beerbung[3]; was der Erbvertrag in der That enthält, ist eine testamentarische Erbeinsetzung verbunden mit dem vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf derselben[4]. Der Erbvertrag ist sonach ein aus zwei verschiedenartigen Elementen zusammengesetztes Rechtsgeschäft, wovon das eine testamentarische die Erbeinsetzung begründet, das andere vertragsmäßige deren willkürliche Aufhebung verhindert, so daß das erstere Element die rechtliche Grundlage für das letztere bildet[5]. Diese beiden Momente sind bei der rechtlichen Behandlung des Erbvertrages auseinander zu halten und in ihrer inneren Verschiedenheit gesondert zu berücksichtigen.

Erbverträge können nur zwischen Ehegatten (§. 602. 1249) oder Brautleuten mit Rücksicht auf die später zu Stande kommende Ehe (Hfdkrt 25. Juni 1817, Anhang Nr. 73) geschlossen werden[6]. Insofern der Erbvertrag eine testamentarische Erbeinsetzung enthält, kann er nur von einem testirfähigen Erblasser zu Gunsten seines erbfähigen Gatten (§. 545) errichtet werden[7]; insofern er zugleich einen vertragsmäßigen Verzicht begreift, können ihn nur solche Personen wirksam errichten, welche überhaupt Verträge schließen können (§. 865). Ein pflegbefohlenener Ehegatte kann mit obervormundschaftlicher Genehmigung einen Erbvertrag schließen[8]; bleibt diese aus, so kann das Rechtsgeschäft nur als widerrufliches Testament gelten (§. 1250)[9]. Der Erbvertrag kann durch Privatakt nur in den regelmäßigen Formen eines schriftlichen Testaments errichtet werden (§. 1249)[10]; es muß darin jedoch nicht bloß die Erbein-

[a] Westgal. Gesetzb. II §. 514. cf. L. 61 D. de V. O. 45. 1. L. 34 C. de transact. 2. 4.

setzung sondern auch der angenommene Widerrufsverzicht[11] ausdrücklich oder doch aus dem übrigen Inhalt der Anordnung mit Sicherheit erkennbar enthalten sein[12].

Der Erbvertrag kann außer der Erbeinsetzung der Ehegatten und dem Widerrufsverzicht gleich jedem sonstigen Testament anderweitige letztwillige Verfügungen und Anordnungen enthalten, diese bleiben jedoch widerruflich. Für die vertragsmäßige Erbeinsetzung gelten überhaupt die allgemeinen Regeln testamentarischer Erbeinsetzungen[13]; ist jedoch der vertragsmäßigen Erbeinsetzung eine Bedingung beigefügt, welche bei testamentarischen Erbeinsetzungen als nicht beigesetzt gilt, so ist die vertragsmäßige Einsetzung des Erben ungültig (§. 1251. 898)[14]. Die vertragsmäßige Erbeinsetzung kann der Erblasser weder unmittelbar widerrufen (§. 1254), noch mittelbar durch nachträgliche letztwillige Verfügungen[b] vereiteln oder schmälern[15]; dagegen behält der Erblasser das freie Verfügungsrecht über sein Vermögen unter Lebenden unbeschränkt, mag gleich der Erbvertrag den öffentlichen Büchern einverleibt worden sein (§. 1252)[16]. Kraft rechtlicher Vorschrift (§. 1253) erstreckt sich jedoch der Widerrufsverzicht nur auf drei Viertheile des Erbvermögens; ein Viertheil des reinen Nachlasses, wie dieser nach Abzug der Nachlaßschulden und des Pflichttheils sich herausstellt, bleibt der letztwilligen Verfügung des Erblassers kraft Rechtens vorbehalten, so daß es einer besonderen Erklärung bedarf, um auch diesen Theil dem zum Universalerben ernannten Vertragserben zuzuwenden (§. 1253)[17].

Der Erbvertrag kann, insofern er zugleich ein Testament ist, aus denselben Gründen wie sonst ein Testament ungültig sein oder werden, so insbesondere durch Nachgeburt eines Notherben (§. 1254. 778)[c]; diese Ungültigkeit des Erbvertrags muß in denselben Fällen und unter denselben Voraussetzungen wie die Ungültigkeit eines Testamentes mittelst einer in drei Jahren verjährenden Nullitätsquerel geltend gemacht werden[d] (§. 1487)[18]. Ein besonderer Grund der Ungültigkeit von Erbverträgen liegt darin, daß sie nur als Ehestiftungen zulässig sind (§. 602. 1217) und daher den Rechts- und Fortbestand der Ehe zur bedingenden Voraussetzung haben

[b] cf. L. 1 §. 1 D. si quid in fraud. patr. 38. 5. [c] Westgal. Gesetzb. II §. 524. [d] Vgl. §. 126 Ges. 9. Aug. 1854.

(§. 1265. 1266)[19]; doch bleibt im Fall der Trennung der Ehe der Erbvertrag zu Gunsten des schuldlosen Gatten aufrecht (§. 1266). Der im Erbvertrag enthaltene Widerrufsverzicht kann durch formlose Vereinbarung mit dem Vertragserben aufgehoben werden; hiedurch erlangt aber der Erblasser nur die rechtliche Möglichkeit, die Erbeinsetzung in einer der vorgeschriebenen Formen zu widerrufen[20].

Anm. [1] Hasse im Rhein. Mus. Bd. 2 (1828) S. 149 fg. 300 fg. Bd. 3 (1829) S. 1 fg. Beseler, die Lehre von den Erbverträgen, 2 Abth. 3 Thle 1835 ... 1840. Buddeus im R. L. IV S. 27 fg. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen, 1860. Arndts, zur Lehre von den Erbverträgen nach gem. und österr. Recht, in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 7 Nr. 10. Scharnweber, der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861; dazu Arndts a. a. O. Bd. 8 Lit. Bl. S. 64 fg. — Winiwarter, von dem Erbvertrag und dem Advitalitätsrecht, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1825 I Nr. 22.

[2] Nach der Definition, welche §. 1249 (westgal. Gesetzb. II §. 513) von den Erbverträgen gibt („ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben versprochen und das Versprechen angenommen wird", vgl. §. 602. 1253 a. E.), sollte man freilich meinen, man habe es hier mit dem pactum successorium der älteren Juristen, also mit einem Vertrag zu thun, welcher nicht die Beerbung sondern den Nachlaß zum Gegenstand hätte und woraus für den Acceptanten nur ein persönlicher, jedoch sofort vererblicher Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses gegen die Erben entspringen würde (Hartmann S. 18 fg. 28 fg.). Allein es kann mit Rücksicht auf §§. 533. 534. 1249 fg. keinem Zweifel unterliegen, daß nur jene Definition mißlungen sei (vgl. Arndts Bd. 7 S. 283) und daß das Gesetzbuch unter dem Erbvertrag in der That eine kraft Vertrages unwiderrufliche Erbeinsetzung verstehe. Vgl. auch westgal. Gesetzb. II §. 515. 517. 527.

[3] Dies ist seit Hasse unter den Germanisten so ziemlich die herrschende Ansicht (vgl. Gerber, System §. 257. Brinz §. 189), wenngleich mit verschiedenem Ausdruck (Recht auf Beerbung, Recht auf die Delation, erbrechtliches Wartrecht u. s. f.), und auf diese Auffassung gründet sich die Unterscheidung der Erbverträge (im weiteren Sinn) in Erbeinsetzungsverträge (Erbverträge im engeren Sinn) und Erbverzichte (jene geben, diese nehmen ein Erbrecht), sowie die Schuleintheilung der Erbverträge (im engeren Sinn) in dispositive und confirmative. Gegen diese Ansicht (System II S. 171) hat Hartmann S. 2 fg. mit Recht Einsprache erhoben und nachgewiesen, daß es jenem vermeintlichen Recht auf Beerbung an Gegenstand und Inhalt gänzlich fehle. Dagegen hat neuestens wieder Gerber, de pactis hereditariis, programma 1862 (vgl. auch System 8. Aufl. §. 257 Anm. 1) die Hassesche Construction in Schutz genommen und sie damit zu rechtfertigen versucht, daß er (p. 8. 9) das aus dem Erbvertrag erworbene Recht als ein jus hereditatis acquirendae erklärt und dafür die Analogie des Rechts der Notherben anruft. Allein jenes jus hereditatis acquirendae erlangt auch der Vertragserbe gleich jedem anderen Erben erst durch die Delation der Erbschaft, und während der (formelle) Notherbe einen gesetzlichen Anspruch auf Erbeinsetzung hat, ist der Vertragserbe bereits

eingesetzt und hat nur einen vertragsmäßigen Anspruch darauf, daß diese Einsetzung durch den Erblasser nicht wieder zurückgenommen werde.

[4] Es ist das Verdienst Hartmann's, das wahre Wesen des Erbvertrags, wenn auch nicht zuerst erkannt, so doch schärfer formulirt und das richtige Prinzip durch das ganze Institut hindurch mit Klarheit und Schärfe durchgeführt zu haben. Seiner Auffassung ist seither auch Arndts mit Entschiedenheit beigetreten. Die von Gengler, Lehrb. des deutsch. Pr. R. S. 1491 Note 1 dagegen erhobenen Bedenken scheinen mir unerheblich und wohl nicht danach angethan, die herrschende Lehre zu retten. — Im bürgerl. Gesetzb. finden sich neben der unrichtigen Auffassung (Anm. 2. 5) deutliche Spuren der richtigen Erkenntniß, daß der Erbvertrag zugleich letztwillige Anordnung und Vertrag enthalte; so in der Formvorschrift für Erbverträge (§. 1249), in der Behandlung des von einem Pflegbefohlenen errichteten Erbvertrags (§. 1250), in der Bestimmung des §. 1252 über das Existentwerden des Erbrechts für den Vertragserben, in der Erklärung des §. 1254, daß den Notherben ihre Rechte „wie gegen eine andere letzte Anordnung vorbehalten bleiben" (Arndts Bd. 7 S. 287 Note 6), am bestimmtesten endlich in dem Ausspruch des §. 1253, daß „durch den Erbvertrag ein Ehegatte auf das Recht zu testiren (die Testirfreiheit) nicht gänzlich Verzicht thun kann." Auch Zeiller III S. 632 erklärt die Erbverträge für „eine Art von gemischten Geschäften", was Geyer, Rechtsphil. S. 183 gänzlich mißversteht. — Wohl zu unterscheiden von dem Erbvertrag ist der sog. Erbschaftsvertrag (pactum de hereditate tertii viventis), welcher den Nachlaß eines noch lebenden Dritten zum Gegenstande hat, obligatorischer Natur und verboten ist. §. 879 Nr. 4.

[5] Daher sollte man eigentlich gar nicht von einer „vertragsmäßigen Erbfolge" und einem „Vertragserben" (§. 1252. 1253) sprechen, da der Erbe nicht durch den im sog. Erbvertrag enthaltenen Vertrag, sondern durch den darin ausgesprochenen einseitigen letzten Willen des Erblassers zur Erbfolge berufen wird und jener Vertrag nicht der positive Grund, die causa efficiens der Delation, sondern nur das negative Sicherungsmittel derselben ist. Es läßt sich daher auch nicht rechtfertigen, wenn neben Gesetz und Testament der Erbvertrag als ein coordinirter Berufungsgrund zur Nachfolge (Erbrechtstitel) angeführt (§. 533. 534 vgl. auch §. 758) und neben der gesetzlichen und testamentarischen Erbfolge von einer besonderen vertragsmäßigen Erbfolge gesprochen wird: die Lehre vom Erbeinsetzungsvertrag gehört in das testamentarische Erbrecht. Hartmann S. 12.

[6] Im gemeinen Recht findet eine solche Beschränkung nicht statt; auch im westgal. Gesetzb. II §. 513 fg. bestand sie noch nicht: sie ist aber immerhin zu billigen; vgl. auch Trendelenburg, Naturr. S. 274. — Wenn andere Personen einen Erbvertrag nicht schließen können, so hat diese Ausschließung den Sinn, daß ihr vertragsmäßiger Verzicht auf den Widerruf wirkungslos ist: die in einem solchen Erbvertrag enthaltene Erbeinsetzung bleibt daher widerruflich und das Geschäft gilt als einfaches zusatzloses Testament (arg. §. 1250. Anm. 9).

[7] Der Vertragserbe braucht nur zur Zeit des Erbanfalls (§. 1252. 545), nicht auch zur Zeit der Schließung des Erbvertrags erbfähig zu sein, da er durch diesen Vertrag ein Erbrecht noch gar nicht erhält. Die entgegengesetzte Annahme Rippel's VII S. 647. 656 fg., dem Füger, Erbr. I S. 156 beistimmt, beruht auf der Verkennung des wahren Wesens des Erbvertrages; dagegen auch Winiwarter in der Ztschr.

S. 364. 365. Comment. IV S. 481. 482 und Stubenrauch III S. 451 Note * S. 456 Note *. — Ganz unhaltbar ist die Behauptung Füger's, Erbr. I S. 155, daß Erbverträge zwischen Ehegatten auch zu Gunsten eines Dritten geschlossen werden können.

[6] Gegen diese Bestimmung (welche sich auch im zürcher Gesetzb. §. 2113. 2114 findet) hat Hartmann S. 34. 35 Bedenken erhoben, da der Erbvertrag sich für den Instituirten als ein lucratives Geschäft herausstelle und Schenkungen sowie sonstige Freigebigkeiten des Minderjährigen in der Regel selbst mit Zustimmung der Obervormundschaft unwirksam seien (L. 3 C. si major factus 5. 74). Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2545. Allein jene Bestimmung rechtfertigt sich immerhin durch die Rücksicht auf wechselseitige Erbverträge und das hiemit verbundene eigene Interesse des Pflegbefohlenen. — Schließt ein pflegbefohlener Ehegatte mit dem anderen eigenberechtigten Gatten einen gegenseitigen Erbvertrag, so kann der letztere in der Regel verlangen, daß die Vormundschaftsbehörde innerhalb einer gewissen Frist ihre Erklärung abgebe: nach unbenützt abgelaufener Frist ist auch die von ihm vorgenommene Erbeinsetzung widerruflich; arg. §. 865. Vgl. auch Scheidlein, Miscell. Hft 3 §. 116. Rippel VII S. 639. 642. 643. Füger, Erbr. I S. 157 und Arndts Bd. 7 S. 284. 285 gegen Winiwarter in der Zeitschr. S. 350 fg. und Stubenrauch III S. 449. — Unpassend oder doch überflüssig ist die Berufung Stubenrauch's III S. 450 auf §. 868, da in dieser Beziehung §. 574 die entscheidende und vollkommen ausreichende Bestimmung enthält.

[9] Es findet also in diesem Fall nicht, wie noch System II §. 91 Note 73 angenommen wurde, eine sog. conversio actus juridici (Verwandlung des Erbvertrags in ein Testament) statt, sondern es kommt der Grundsatz: utile per inutile non vitiatur zur Anwendung: von den beiden Elementen, welche der Erbvertrag enthält, Erbeinsetzung und Verzicht, bleibt das erstere gültig, während das zweite ungültig ist. Dasselbe ist in dem Fall Rechtens, wenn der Acceptant handlungsunfähig z. B. wahnsinnig ist. Vgl. dagegen sächs. Gesetzb. §. 2547. — Ungenau ist die Ausdrucksweise des §. 1250, indem er von einem „Annehmen der versprochenen Verlassenschaft" und überdies der versprochenen „unnachtheiligen" Verlassenschaft spricht, welcher Zusatz mit Recht im westgal. Gesetzb. II §. 520 noch fehlte: als ob es nicht nach dem Tode des Erblassers erst noch einer Erbserklärung bedürfte, die immer noch sine beneficio inventarii abgegeben werden mag! — Über die Errichtung eines Erbvertrags durch Stellvertreter vgl. Hartmann S. 35 fg. Arndts Bd. 7 S. 274. 275. 287.

[10] Daß der Erbvertrag nicht in einer der außerordentlichen Formen privilegirter Testamente errichtet werden kann (Zeiller III S. 632, vgl. auch A. L. R. I 12 §. 622), ergibt sich zwar nicht daraus, daß „Ausnahmen von der Regel keiner Ausdehnung fähig sind" (Stubenrauch III S. 449, dagegen auch Arndts Bd. 7 S. 284), wohl aber einerseits aus der positiven Bestimmung, daß die Begünstigungen eines Militärtestamentes bei Erbverträgen unanwendbar sind (Hofkriegsrthsverordn. 8. März 1813), andererseits aus der Erwägung, daß privilegirte Testamente nach kurzer Zeit hinfällig werden (§. 599), wodurch dem Vertragselement seine rechtliche Basis von selbst entzogen würde. — Der einseitige Erbvertrag kann auch durch holographe Urkunde (§. 578) errichtet werden, falls nur der andere Gatte mit seiner darauf an-

gebrachten Unterschrift die Annahme erklärt; vgl. Nippel VII S. 637. 638 und Arndts Bd. 7 S. 283. 284 gegen Schindler in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1836 II Nr. 22, Ellinger zu §. 1249, Winiwarter, Comment. IV S. 469 und Stubenrauch III S. 448; das dawider angeführte Hfdkrt v. 25. Juli 1817 bezieht sich wohl nur auf den „vorzüglich auf dem flachem Lande" häufig vorkommenden Fall, daß die Ehepakten von einem Dritten verfaßt und niedergeschrieben werden (§. 579). Aber selbst ein wechselseitiger Erbvertrag kann doch wohl in Form eines eigenhändigen Testamentes (§. 578) zu Stande kommen, indem jeder Erblasser seine Anordnung resp. Annahme auf der gemeinsamen Urkunde niederschreibt und hierauf beide dieselbe unterschreiben (vgl. zürch. Gesetzb. §. 2117): das Wesentliche dieser Form besteht ja nur darin, daß die letztwillige Verfügung vom Erblasser selbst sowohl geschrieben als unterschrieben werde. — Mit Recht wird gewöhnlich angenommen, daß Erbverträge auch durch mündliche Erklärung zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll (§. 588) errichtet werden können. Nippel VII S. 634 fg. Winiwarter IV S. 470. Stubenrauch III S. 449. Arndts Bd. 7 S. 284. Wird der gegenseitige Erbvertrag gerichtlich aber schriftlich errichtet (§. 587), so müssen beide Gatten die unterschriebene (gemeinsame) Urkunde dem Gericht (oder Notar) persönlich übergeben; vgl. A. L. R. I 12 §. 621. Hartmann S. 49 Note 1. — Über die gemeinrechtliche Form der Erbverträge vgl. Hartmann S. 44 fg.

[11] In dieser formellen Beziehung bildet der Erbvertrag allerdings ein untrennbares Ganzes: die Form des Testaments ergreift auch den Widerrufsverzicht, der nur dann Geltung hat, wenn er sich unmittelbar an die letztwillige Erklärung anschließt. Hartmann S. 47.

[12] Im Zweifel, ob bei gegenseitiger Erbeinsetzung ein wechselseitiges Testament (§. 1245) oder ein wechselseitiger Erbvertrag (§. 1249) vorhanden sei, ob also die Erbeinsetzung für widerruflich oder unwiderruflich zu halten sei, ist das Erstere anzunehmen (arg. L. 9 D. de R. J.), und dies selbst dann, wenn die gegenseitige Erbeinsetzung in Ehepakten vorkömmt. Samml. Nr. 311. (Auf gemeinrechtlichem Boden nimmt man überhaupt oder doch bei wechselseitiger Erbeinsetzung in Ehestiftungen im Zweifel das Gegentheil an. Hartmann S. 116 fg. 123. 124.) Die in der gemeinschaftlichen Willensordnung enthaltene Erklärung beider Gatten, daß jede spätere einseitige Anordnung null und nichtig sein solle, drückt jedoch ihren Willen, daß die beiderseitige Erbeinsetzung unwiderruflich sei, hinlänglich bestimmt aus (§. 1254). Mit Unrecht wollen Nippel VII S. 631. 632. Winiwarter IV S. 467 und Stubenrauch III S. 446 in diesem Zusatz nur die sog. derogatorische Clausel (§. 716) sehen, während doch in der That ein pactum de non mutando testamento, also ein Erbvertrag vorhanden ist.

[13] Der vertragsmäßige Erbe muß daher auf den ganzen Nachlaß oder einen aliquoten Theil desselben instituirt werden (§. 602. 1249. 532. 533); über sog. Vermächtnißverträge vgl. unten §. 61.

[14] Hierbei ist wohl zu beachten, daß die Beifügung einer unmöglichen Resolutivbedingung nicht im technischen Sinn als „nicht beigesetzt" betrachtet werden kann. System II §. 82 Note 94. — Die Bestimmung des §. 1251 (westgal. Gesetzb. II §. 521) ist aus der älteren unrichtigen Auffassung hervorgegangen, daß der Promissar im Erbvertrag das unter unmöglichen oder unerlaubten Bedingungen gemachte

Versprechen der Erbschaft oder die auf unmögliche oder unzulässige Bedingung gestellte Erbeinsetzung selbst annehme, während er in der That doch nur den Verzicht auf den Widerruf der bedingten Erbeinsetzung unbedingt acceptirt. Die consequente Anwendung der richtigen Theorie würde dahin führen, die Bedingungen bei vertragsmäßigen Erbeinsetzungen gerade so wie bei testamentarischen Erbeinsetzungen zu behandeln (vgl. A. L. R. I 12 §. 647, sächs. Gesetzb. §. 2549) und den Verzicht auf den Widerruf unbedingt wirksam sein zu lassen. Zu einem anderen Resultat gelangt Hartmann S. 51. 52, dem Arndts Bd. 7 S. 276 beistimmt. Er meint, die bei testamentarischen Erbeinsetzungen als nicht beigefügt zu betrachtende Bedingung sei auch der vertragsmäßigen Erbeinsetzung beigefügt pro non scripta zu halten, soweit sie aber zugleich dem vertragsmäßigen Element des Widerrufsverzichts inhärire, sei dieser ungültig: die Bedingung beziehe sich nemlich auf beide Geschäfte zugleich, auf den Verzicht unmittelbar auch dann, wenn sie scheinbar bloß der Erbeinsetzung zugesellt wäre: es könne daher der Testator die so bedingte Erbeinsetzung abändern, und diese wirke als unbedingte, falls er sie nicht widerrufen habe. Diese Ansicht ist m. E. unhaltbar. Es ist eben nicht richtig, daß die der vertragsmäßigen Erbeinsetzung beigefügte Bedingung sich von selbst auch auf den Widerrufsverzicht beziehe und diesem inhärire: der Verzicht auf den Widerruf ist vielmehr ein ganz unbedingter, indem der Testator ohne weiteres darauf verzichtet, die bedingte Erbeinsetzung zu widerrufen. Bedingungen können bei Erbverträgen sowohl dem Widerrufsverzicht für sich als der Erbeinsetzung für sich beigefügt werden: so wenig nun im ersteren Fall die Bedingung sich mittelbar auf die Erbeinsetzung bezieht, so wenig inhärirt sie im letzteren Fall dem Verzicht. Freilich, wenn die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung noch bei Lebzeiten des Erblassers vereitelt wird, so hat er den Widerruf wieder frei, allein in diesem Fall ist ein eigentlicher Widerruf nicht nur nicht nöthig, sondern wegen Mangels an Objekt nicht einmal möglich. Die Übertragung der Bedingung von der Erbeinsetzung auf den Verzicht und die Behandlung desselben nach den Regeln bedingter Verträge erscheint somit als ungegründet. Um so weniger kann ich dem Versuche von Arndts Bd. 7 S. 285. 286. Bd. 8 Lit. Bl. S. 67. 70 beipflichten, durch gekünstelte Interpretation des §. 1251 das vermeintliche gemeinrechtliche Resultat in das österr. Recht hineinzutragen. — Daß soweit es sich um die Erfüllung der Bedingung durch den eingesetzten Erben handelt, die Anordnung des §. 899, nicht jene des §. 701, anzuwenden sei, versteht sich nach §. 1251 von selbst und ist auch nur zu billigen (Arndts Bd. 7 S. 286), da es bloß darauf ankömmt, daß der Instituirte die Handlung in der Absicht vornehme, die Bedingung zu erfüllen. System II S. 69.

[15] Das westgal. Gesetzb. II §. 522 enthielt noch die ausdrückliche Bestimmung: „Gegen einen Erbvertrag findet keine letztwillige Verordnung statt . . . .“ Hartmann S. 54 fg. Sächs. Gesetzb. §. 2542. Übrigens können unter Umständen auch zwei Erbverträge neben einander zurecht bestehen und zu praktischer Geltung kommen; arg. §. 1266 g. E.

[16] Durch die Bestimmung des §. 1252 (westgal. Gesetzb. II §. 516), wonach überdies auch „um der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung nicht gefordert werden kann“, ist die gemeinrechtliche Controverse über das Dispositionsrecht des Erblassers in befriedigender Weise gelöst: der Vertragserbe hat nur Anspruch auf subjektive

Hinterlassung, nicht auf objektive Zurücklassung des Vermögens. Hartmann S. 57 fg. Daß der Vertragserbe eine Prodigalitätserklärung veranlassen und dadurch mittelbar die Realisirung seines künftigen Anspruchs sichern mag, ist nichts Besonderes: arg. §. 1241. — Die vielbesprochene Frage, welche Wirkung die mit Zustimmung des Erblassers erfolgte Intabulation des Erbvertrags hervorbringe, ist sicher dahin zu beantworten, daß dieselbe gar keine Wirkung habe; Stubenrauch III S. 453 (daselbst S. 452. 453 auch die Darstellung und Widerlegung der mannigfach abweichenden Ansichten Anderer). Arndts Bd. 7 S. 287 Note 5. „Das Gesetzbuch legt der Einverleibung des Erbvertrags keine Wirkung bei; es sagt nur, daß nicht einmal wenn sie stattgefunden habe eine Beschränkung des Erblassers in seiner Veräußerungsbefugniß eintrete", und es ist ganz unlogisch, daraus daß die Intabulation des Erbvertrags bei Lebzeiten des Erblassers keine Wirkung hervorbringt, zu folgern, daß sie deshalb doch nach seinem Tode irgend eine Wirkung haben müsse. Zur Hervorhebung der Wirkungslosigkeit solcher Intabulationen (vgl. dagegen sächs. Gesetzb. §. 2348) mochten sich die Verfasser des Gesetzbuchs theils durch die entgegengesetzte Anordnung des §. 1256 veranlaßt finden, theils durch die ältere Gewohnheit, sowohl die Ehepakten in die sog. Ehepaktenprotokolle einzutragen (Hofdkrt 19. Sept. 1818, Ellinger zu §. 1252), als überhaupt Testamente und Erbverträge den Landtafeln und Stadtbüchern einzuverleiben und solcher Intabulation dingliche Kraft beizulegen; vgl. Wessely, Handb. III S. 188. 189 Note *. Geradezu abenteuerlich sind m. E. die Ausführungen von Füger, Erbr. I S. 160 fg.

[17] Diese besondere frei widerrufliche Einsetzung des Vertragserben auf den der freien Verfügung vorbehaltenen Viertheil kann auch im Erbvertrag selbst erfolgen. Winiwarter in der Zeitschr. S. 359 fg. Comment. IV S. 478. 480. Stubenrauch III S. 454. 455 gegen Rippel VII S. 652. 653. — Die Schlußvorschrift des §. 1253 läßt sich nicht billigen und wird auch durch die von Rippel VII S. 650 fg. und Stubenrauch III S. 455 Note * vorgebrachten Gründe nicht gerechtfertigt: sie ist aus der falschen Auffassung des Erbvertrags (Anm. 2. 3) hervorgegangen und steht mit der richtigen Theorie (Anm. 4), wie sie im §. 1250 zur Geltung gelangt ist, in Widerspruch: der Erblasser, der im Erbvertrag den andern Gatten auf den ganzen Nachlaß einsetzt, hat ihn hiemit schon auf das Ganze institurt, nur daß diese Berufung in Ansehung des einen Viertheils widerruflich bleibt, während sie im übrigen unwiderruflich ist. — Die Fassung des §. 1253 („ein reiner Viertheil u. s. w." ist ungenau: sie gibt überflüssigen Anlaß zu Bedenken über die Berechnung der der freien Verfügung vorbehaltenen Portion. Vgl. Rippel VII S. 648. 649. Winiwarter in der Zeitschr. S. 357 fg. Comment. IV S. 479. Stubenrauch S. 453. 454. Füger, Erbr. I S. 165. 166. — Aus der Vorschrift des §. 1252 in Verbindung mit §. 568 ergibt sich, daß ein gerichtlich erklärter Verschwender nur über ein Viertheil oder vielmehr genauer über drei Achtel seines Nachlasses einen Erbvertrag schließen kann (Zeiller III S. 634. Scheidlein, Miscellen Hft 3 §. 117. Ellinger zu §. 1250). Die entgegengesetzte Ansicht, wonach der Verschwender mit gerichtlicher Genehmigung über drei Viertheile seines Vermögens Erbverträge schließen können soll (Graßl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1829 I Nr. 15. Winiwarter, Ztschr. S. 350. Comment. IV S. 470. 471. Rippel VII S. 639 fg. Stubenrauch III S. 450. Füger, Erbr. I S. 127. 128) beruht theils auf der Verkennung

des testamentarischen Elements im Erbvertrag, theils auf der unrichtigen Anwendung der Regel cessante ratione legis cessat lex ipsa: die gesetzlichen Erben haben dem Verschwender gegenüber ein anomales Pflichttheilsrecht (oben §. 9 Anm. 4), welches ihnen der Verschwender weder für sich allein, noch mit Hülfe des Gerichts entziehen kann, dessen Aufgabe es ohnehin nur ist, zu prüfen, ob der abzuschließende Erbvertrag dem Verschwender nachtheilig sei,' nicht aber auch, ob er „die gesetzlichen Erben einem unbilligen Nachtheil aussetze." Wenn Winiwarter, Comment. IV S. 471 überdies bemerkt, „das Gesetz wolle gewiß nicht, daß der Ehegatte was immer für gesetzlichen Erben nachgesetzt werde", so darf man wohl fragen, ob diese Bemerkung nicht auch bei einfachen Testamenten, worin der Verschwender seine Gattin zum Erben einsetzt, gelten müßte? Es zeigt sich eben auch hier wieder die Unhaltbarkeit der Vorschrift des §. 568.

[18] Zeiller IV S. 246. Nippel IX S. 107. 108. Die entgegengesetzte Ansicht, wornach die Vorschrift des §. 1487 auf Erbverträge unanwendbar sein soll (Winiwarter V S. 234. Stubenrauch III S. 743), beruht auf ängstlicher Interpretation des Ausdrucks „letzter Wille" (§. 1497) im Sinn der Legaldefinition des §. 552 sowie auf Verkennung des im Erbvertrag enthaltenen testamentarischen Elements, welches sich gerade nach dem Tode des Erblassers ganz besonders geltend macht, und verstößt entschieden gegen die ratio juris. Vgl. §. 22 Anm. 6.

[19] Aber auch in diesen beiden Fällen (§. 1265. 1266) wird man, in Widerspruch mit der herrschenden Ansicht (Zeiller III S. 660. Winiwarter IV S. 515. Stubenrauch III S. 473. Ellinger zu §. 1266), consequent (Anm. 20 und §. 21 Anm. 6) behaupten müssen, daß in Folge der Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe nur das Moment der vertragsmäßigen Gebundenheit des Erblassers (der Unwiderruflichkeit der Erbeinsetzung) hinwegfalle, so daß der Erbvertrag, dafern nur keine anderen Hindernisse vorhanden sind (§. 583, 1248), nunmehr als gewöhnliches Testament fortbesteht und als solches noch eines besonderen Widerrufs bedarf.

[20] Es muß also zu jener vertragsmäßigen Verzichtleistung des Vertragserben noch einer der Vorgänge, wodurch eine testamentarische Erbeinsetzung widerrufen wird, hinzukommen, damit der Vertragserbe von der Erbfolge wirklich ausgeschlossen sei (vgl. Hartmann S. 66. Zürch. Gesetzb. §. 2134). Dies wird von unseren Schriftstellern (Nippel VII S. 654 fg. Winiwarter IV S. 481. Stubenrauch III S. 456. Ellinger zu §. 1254) in der Regel übersehen.

8. Eröffnung und Vollziehung des Testaments.

§. 27.

Die Eröffnung und Kundmachung der Testamente[1] erfolgt durch das Abhandlungsgericht[2], sollte auch das Testament erst nach beendeter Verlassenschaftsabhandlung aufgefunden werden[a]. Das eröffnete und kundgemachte Testament wird in der Urschrift bei Ge-

[a] §. 180 Ges. v. 9. Aug. 1854.

richt aufbewahrt und den Betheiligten auf Verlangen Abschrift davon ertheilt[b].

Die Vollziehung des letzten Willens[3], welche regelmäßig dem berufenen Erben obliegt, hat das Abhandlungsgericht als oberster gesetzlicher Testamentsvollstrecker zu überwachen; vor ihm hat sich der die Ausfolgung des Nachlasses verlangende Erbe über die erfolgte oder sichergestellte Erfüllung der letztwilligen Anordnungen auszuweisen (§. 817; §. 149. 157 fg. Ges. v. 9. Aug. 1854)[4]. Der Erblasser kann aber auch durch ein gewöhnliches Mandat[5] oder mittelst einer wenngleich formlosen letztwilligen Erklärung[6] einer bestimmten Vertrauensperson die Aufgabe übertragen, für die Ausführung der letztwilligen Verfügungen zu sorgen (§. 816). Ein solcher Testamentsvollzieher befindet sich im Fall freiwilliger Übernahme des Auftrags (§. 817), wovon ihn die Abhandlungsbehörde in Kenntniß zu setzen hat[c], in der rechtlichen Stellung eines Mandatars (§. 816)[7] und hat über die Vollziehung seines Auftrags dem Abhandlungsgericht Rechenschaft abzulegen[d].

Anm. [1] Über die Eröffnung und Vorlesung schriftlicher Testamente nach röm. Recht und über ihre rein fiscalische Bedeutung vgl. die bei Unger, die Verl. Abh. S. 14 fg. Angeführten und Keller, Pandekt. §. 498. Grundr. §. 310. Bis zum Tode des Erblassers bleibt das Testament sein Eigenthum (Anm. 2) und sein Geheimniß: L. 1 §. 38 D. depos. 16. 3. L. 2 §. 4 D. test. quem. aper. 29. 3; nachher ist es Gemeingut und Gegenstand des öffentlichen Interesses: tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis hoc est heredis, sed universorum quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum. L. 2 pr. D. testam. quemadm. aper. 29. 3.

[2] Über den Vorgang bei Eröffnung und Kundmachung schriftlicher Testamente: §. 41. 61 fg. Ges. v. 9. Aug. 1854; über die Kundmachung mündlicher Testamente: §. 42. 65 fg. ebda. — Im westgal. Gesetzb. II §. 597 fand sich noch eine zweckmäßige Vorschrift über die Verpflichtung zur ungesäumten Mittheilung des Testaments nach dem Tode des Erblassers. Unger, die Verl. Abh. S. 133 Note 15. Befindet sich das Testament (oder Codicill) noch in Privatbesitz, so kann von den Betheiligten Exhibition desselben resp. Übergabe an die Behörde verlangt werden (Dig. de tabulis exhibendis 43. 5. Cod. eod. 8. 7), worüber das Nähere (Keller §. 498. Arndts §. 346 Anm. 4. M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden, 1835, §. 8) in das Obligationenrecht gehört. Über die Vindication einer Testamentsurkunde: L. 3 §. 5 D. cit. 43. 5. L. 3 §. 14 D. ad

[b] §. 68 fg. 180 ebd. L. 1 pr. D. test. quemadm. aper. 29. 3. [c] §. 80 ebda. [d] §. 164 ebda.

exhib. 10. 4. L. 3 D. test. quemadm. aper. 29. 3. Vgl. Civilprozeßordn. f. Ungarn u. s. f. §. 146. 147.

[3] Roßhirt, über Testamentsexekutoren, in den Abhandl. civilistischen und criminalistischen Inhalts, Bd. 1 (1833) S. 217 fg. Pauli, Abhandl. aus dem lübisch. Recht Bd. 3 S. 306 fg. Scholz, über Testamentsvollzieher, 1841. Beseler, von den Testamentsvollziehern, in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 9 Nr. 3. System II §. 164. Mühlenbruch Bd. 43 S. 390 fg. Heimbach im R. L. X S. 1011 fg. Bering S. 472 fg. 826 fg. Ausführliche Bestimmungen über Testamentsexekutoren enthält der hess. Entw. Art. 200 . . . 224 und das sächs. Gesetzb. §. 2230 . . . 2245.

[4] Über diese auf dem verkehrten Prinzip der Bevormundung der Parteien beruhende sog. Testamentsausweisung und ihre innere Unhaltbarkeit vgl. Unger, die Verl. Abh. S. 84. 85. 140. 141. 196.

[5] cf. L. 12 §. 17 L. 13. 27 §. 1 D. mand. 17. 1. Mühlenbruch S. 396 fg. Scheurl, Beitr. I S. 106. 107. Vgl. jedoch auch Heimbach S. 1024 fg. und Dietzel in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 13 Nr. 13. Dies wird übersehen von Beseler, System II S. 549. 550. Auch die Erben können einen Testamentsvollzieher vertragsmäßig bestellen. Mühlenbruch S. 407.

[6] Derselben Ansicht sind Rippel V S. 220 Nr. 3 und Stubenrauch II S. 804 Nr. 1. Auch in Preußen ist die letztwillige Ernennung eines Testamentsexekutors an keine bestimmte Form gebunden (Koch II §. 836 Nr. II), was aber de lege ferenda sicher nicht zu billigen ist. Für das österr. Recht läßt sich überhaupt die Regel aufstellen, daß letztwillige Anordnungen vormundschaftlichen Inhalts der Testamentsform nicht bedürfen: arg. §. 196. Im gem. Recht ist diese Frage überaus bestritten. Vgl. insbes. Fein Bd. 45 S. 182. Heimbach S. 1030. 1031. Jedenfalls wäre es inconsequent, einerseits das formlose Mandat für ausreichend zu erklären und andererseits dennoch Förmlichkeit der letztwilligen Bestellung eines Testamentsexekutors zu verlangen. Mit Recht schreibt das sächs. Gesetzb. §. 2230 für beide Ernennungsarten (vertragsmäßige und letztwillige) eine bestimmte Form vor, während der hess. Entw. Art. 204 nur die Bestellung in einem formgerechten letzten Willen zuläßt.

[7] Vgl. insbesondere Gerber, System §. 265 Note 7, dem auch Gengler, Lehrb. S. 1468 fg. beistimmt, gegen Beseler a. a. O., Walter, System §. 423 und Bluntschli, Erläut. V S. 164, welche den Testamentsvollzieher mit Unrecht für einen Repräsentanten des Erblassers halten. Der Testamentsvollzieher hat das Mandat vom Erblasser, besorgt aber das aufgetragene Geschäft für die Erben und anstatt ihrer: er handelt im (unwiderruflichen) Auftrag des Erblassers, aber im Namen (in Stellvertretung) der Erben (vgl. §. 817). Der Umfang der Thätigkeit der Testamentsvollzieher, welche als Universal- oder Spezialexekutoren und wozu auch Frauen bestellt werden können (Mühlenbruch S. 415), richtet sich nach ihrer Instruktion und in Ermangelung einer solchen nach der Natur der zu vollziehenden Aufgabe. Mühlenbruch S. 416 fg. 423 fg. 429 fg. 441 fg. Gengler S. 1473 fg. Insbesondere kömmt dem Testamentsexekutor an sich weder ein schiedsrichterliches Amt noch eine entscheidende Stimme rücksichtlich der Auslegung der letztwilligen Erklärung zu. Mühlenbruch S. 418 fg. Die Geltendmachung der Ansprüche der Legatare gegen den Testamentsvollzieher ist nur dann zulässig, wenn und solange derselbe den Nachlaß oder die legirten Gegenstände in Händen hat; sonst ist er nur vermöge seines Amtes ver-

pflichtet, die Auszahlung der Legate durch den Erben zu vermitteln. §. 816. Mühlenbruch S. 421 fg. 444 fg. Vgl. auch zürch. Geſetzb. §. 2101. Heſſ. Entw. Art. 214. 216. Da nach öſterr. Recht das Gericht ohnehin als supremus testamenti executor einſchreitet, ſo ſtellt ſich die Ernennung eines beſonderen Teſtamentsvollziehers als ziemlich überflüſſig heraus. Unger, die Verl. Abh. S. 84. 85. 140. — Über die Ernennung mehrerer Teſtamentsvollzieher und das Recht, einen anderen zu ſubſtituiren: §. 1010. 1011. Mühlenbruch S. 434 fg. 435 fg. Heſſ. Entw. Art. 207. 221.

9. Zeitpunkt der Berufung zur gewillkürten Erbfolge.

§. 28.

Der Erbe wird in der Regel im Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers zur teſtamentariſchen Erbfolge berufen (§. 545); bei bedingter Erbeinſetzung jedoch erſt zur Zeit der Erfüllung der Bedingung (§. 703. 704), dafern dieſe nicht ſchon vor dem Tode des Erblaſſers eingetreten iſt; bei betagter Erbeinſetzung wird der Erbe erſt mit dem Eintritt des beſtimmten Zeitpunkts zur Erbfolge berufen, doch erlangt er ſofort mit dem Tode des Erblaſſers[a] ein feſtes und vererbliches Recht auf die künftige Berufung (§. 705)[1]. Den Zeitpunkt ſeiner Berufung muß der unbedingt oder bedingt eingeſetzte Erbe erleben[b] und in demſelben erbfähig ſein (§. 536. 537. 545. 546. 703. 704); der Mangel der Erbfähigkeit zur Todeszeit des Erblaſſers ſchadet jedoch dem bedingt Eingeſetzten nicht, wenn er dieſelbe nur zur Zeit der ſpäteren Erfüllung der Bedingung beſitzt[c]; dagegen muß der betagt Eingeſetzte ſowohl zur Zeit des Todes des Erblaſſers[d] als zur Zeit ſeines ſpäteren Antritts der Erbfolge erbfähig ſein.

Anm. [1] Mit einer anderen Wendung kann man dies auch ſo ausdrücken: der betagt Eingeſetzte wird ſofort mit dem Tode des Erblaſſers zur künftigen Erbfolge berufen, es fällt ihm das Erbrecht ſofort jedoch als künftiges an. Syſtem II §. 83 Note 7.

[2] Über die Nothwendigkeit der Fortdauer der Erbfähigkeit vom Zeitpunkt des Erbanfalls bis zum Zeitpunkt des Erbſchaftserwerbs vgl. oben §. 5 Anm. 22.

[a] cf. L. 5 §. 1 L. 21 pr. D. quando dies 36. 2. [b] L. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51. [c] L. 49 §. 1 L. 59 §. 4 D. de her. instit. 28. 5 §. 4 I. de her. qual. 2. 19. [d] cf. L. 59 §. 4 cit.

B. Die gesetzliche Erbfolge.

1. Eintritt und Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge[1].

§. 29.

In Ermangelung eines gültigen wirksamen und über den ganzen Nachlaß verfügenden Testamentes tritt ganz oder zum Theile die gesetzliche Erbfolge ein (§. 727. 728)[2]. Diese wird jedoch erst dann eröffnet, wenn es gewiß ist, daß und inwieweit die gewillkürte Erbfolge nicht stattfindet[3]; die Erbschaft fällt daher den gesetzlichen Erben nicht immer schon im Zeitpunkt des Todes des Erblassers (§. 545), sondern unter Umständen auch erst später an[4].

Anm. [1] Glück, hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. 1803. 2. Aufl. 1822. Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts. 1831. Arndts, Art. Intestaterbfolge (römische) im R. L. V. S. 668 . . . 700. Die ältere Literatur bei Schirmer S. 125. 126. — Brackenhöft, Art. Intestaterbfolge (deutsche) im R. L. V. S. 700 . . . 798. — Hüttner, ausführliche Entwicklung der Lehre von der gesetzlichen Erbfolge in dem freiwerblichen Vermögen . . . . nebst einer kurzen Geschichte derselben in dem Erzherzogthume Österreich 1819. — Witte, das preußische Intestaterbrecht aus dem gem. deutschen Recht entwickelt. 1838.

[2] Unrichtig und verwirrend ist die Erwähnung der Verletzung des Pflichttheils in §. 727. 729 (westgal. Gesetzb. II §. 529. 531): allerdings succedirt auch der Notherbe kraft gesetzlicher Vorschrift, allein wenn er sein Pflichttheilsrecht gegen das Testament geltend macht, so tritt deshalb die gesetzliche Erbfolge (Intestaterbfolge) ebensowenig ein, als wenn ihm etwa im Testament der Pflichttheil in gebührender Weise hinterlassen worden wäre. — Der Name „Intestaterbfolge" paßt für das österr. Recht (§. 534) nicht genau; vgl. auch Schirmer S. 125 Note*. — Ohne alle Bedeutung ist die übliche Eintheilung der gesetzlichen Erbfolge in eine reine und gemischte, ganz abgesehen davon daß man bei Concurrenz von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge doch nicht die letztere, sondern nur die eintretende Erfolge überhaupt eine gemischte nennen könnte.

[3] L. 39 D. de A. vel O. H. 29. 2. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Pr. I. de her. ab. iutest. 3. 1. Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit. L. 1 pr. D. de suis 38. 16. L. 89 D. de R. J. Quamdiu possit valere tetamentum, tamdiu legitimus non admittitur. L. 8 C. comm. de success. 6. 59. Antequam scriptus heres cujuscunque portionis capax repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat, ei qui testamentum reliquit, intestato nemo succedit. Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante intestato bona defuncti non recte vindicentur.

prudenz niemals gezweifelt wurde. Wenn Stubenrauch III S. 686 Note *** meint, daß ich (System II S. 184) „keinen Beweis für die Begründung der Behauptung“ liefere, daß es der Acceptation des Erbverzichts von Seiten des Erblaſſers bedürfe, ſo ſcheint er den aus dem Weſen eines Rechtsinſtitutes und aus allgemeinen Rechtsgrundſätzen geführten Beweis für einen ſolchen nicht gelten zu laſſen und ganz zu überſehen, daß vielmehr den Gegnern der Beweis ihrer Gegenbehauptung obliegt, da es gegen alle juriſtiſchen Regeln iſt, daß jemand durch ſeine einſeitig abgegebene Willenserklärung gebunden werde. Und wie ſonderbar ſind die Reſultate, zu welchen man von jenem irrigen Standpunkt aus gelangt! So ſoll der einſeitig erklärte Erbverzicht beliebig widerruflich ſein, wodurch ihm alle praktiſche Bedeutung genommen iſt (System II §. 94 Note 38), jedoch nur bis zum Tode des Erblaſſers, denn „in dieſem Augenblick ſei der Verzichtende, wenn er ſeine Verzichtleiſtung noch nicht widerrufen hat, nach §. 538 zu erben unfähig“ (Michel S. 298. Stubenrauch II S. 287); eine offenbare petitio principii, denn der Erbe iſt nur dann nach §. 538 von der Erbſchaft ausgeſchloſſen, *wenn* er „gültig Verzicht gethan hat“, und die Frage iſt eben die, *ob* er durch einſeitige Willenserklärung gültig Verzicht geleiſtet habe, wobei vollends nicht abzuſehen iſt, wie der Tod desjenigen, dem gegenüber verzichtet wird, die Unwiderruflichkeit des bis dahin widerruflichen Verzichts zur Folge haben ſoll. — Der Erbverzicht kann wie nach heutigem gem. Recht (Beſeler II 2 S. 242 fg.), ſo nach öſterr. Recht (vgl. ſächſ. Geſetzb. §. 2560) in beliebiger Form abgeſchloſſen werden (Stubenrauch II S. 283 gegen Rippel IV S. 57), was aber freilich eben nicht zu billigen iſt. — Pflegbefohlene bedürfen zum Verzicht auf ihr Erbrecht der Einwilligung des Vormunds reſp. der Obervormundſchaft (§. 233); vgl. Beſeler S. 255 fg.

[7] „Der Erbverzicht hat nur inſofern einen juriſtiſchen Sinn, als man das Recht des künftigen Erben in ſeiner von der Willkür des Erblaſſers unabhängigen Exiſtenz zum Gegenſtand deſſelben macht.“ Syſtem II §. 94 Note 44. Es gibt daher vor allem keinen Erbverzicht auf eine teſtamentariſche Erbeinſetzung. Beſeler S. 234. 235 (vgl. jedoch deſſen Syſtem II §. 161 Nr. IV und Gengler, Lehrb. S. 1503 fg.) Gerber, Syſtem §. 264 Note 2. Derſelben Anſicht iſt Perthaler im Juriſt. S. 424 fg., während unſere übrigen Schriftſteller zumeiſt anderer Meinung ſind (z. B. Stubenrauch II S. 282. 283. Michel S. 290), jedoch mit Unrecht, da der Teſtamentserbe vor dem Erbanfall noch gar kein Erbrecht hat, daher ſeine Verzichtleiſtung nur die Bedeutung eines obligatoriſchen Verſprechens, die künftig anfallende Erbſchaft auszuſchlagen, haben könnte, dafern nicht etwa in dem ganzen Vorgang ein formell gültiger Widerruf der Erbeinſetzung (§. 718. 719) enthalten iſt. Ebenſowenig findet ein wahrer Erbverzicht auf das ſog. vertragsmäßige Erbrecht ſtatt: ein ſolcher angeblicher Erbverzicht (§. 1254) iſt nur ein Verzicht auf den Widerrufsverzicht, wodurch die urſprüngliche Teſtirfreiheit des Erblaſſers wiederhergeſtellt wird. Ein Erbverzicht in wahrem Sinn und mit voller Bedeutung kommt in der That nur in Anſehung des Pflichttheils vor (vgl. auch Perthaler S. 422 fg.), da nur der Notherbe ein feſtes Recht auf einen Theil des Nachlaſſes gegen den Willen des Erblaſſers hat, während die geſetzlichen Erben, welche nicht zugleich Pflichttheilsrecht haben, durch teſtamentariſche Erbeinſetzung anderer Perſonen beſeitigt werden können (vgl. auch Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 67.

67 Note 1). Wenn wir dennoch, und zwar unbedenklich auch für das österr. Recht, einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht überhaupt anzunehmen haben, wodurch der Verzichtende sammt seinen Nachkommen aus dem Kreis der Intestaterben heraustritt, so erklärt sich dies aus der deutschrechtlichen Auffassung und Geschichte des Erbrechts, wonach das Erbvermögen den Familiengliedern zufiel, denen es der Erblasser durch letztwillige Verfügung gar nicht oder nur zum Theil entziehen konnte. Vgl. auch Walter, System §. 436. — Der Verzicht auf den Pflichttheil allein (das Notherbenrecht) begreift den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht (das Intestaterbrecht) nicht in sich: dort handelt es sich um die Erbfolge gegen, hier ohne Testament. Der Notherbe, der bloß auf seinen Zwangsanspruch verzichtet, tritt daher aus dem Kreis der Intestaterben nicht heraus: er hört auf qualificirter Intestaterbe zu sein, bleibt aber doch noch gesetzlicher Erbe; immerhin aber wird das durch eine bestimmte Leistung vom Pflichttheil abgefundene Kind, wenn es hinterher an der gesetzlichen Erbfolge Theil nimmt, die Abfindungssumme (causa non secuta) zurückerstatten müssen.

[8] Nach röm. Recht war ein solcher vertragsmäßiger Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht ganz unwirksam. L. 34 D. de pact. 2. 14. L. 16 D. de suis et legit. 38. 16. L. 3 C. de collat. 6. 20. Schirmer §. 5 Note 8. Über die geschichtliche Entwicklung des Erbverzichts in Deutschland vgl. Beseler §. 24. 26. Nach französ. Recht (C. c. a. 791) ist der Erbverzicht unwirksam; dagegen läßt ihn das zürch. Gesetzb. §. 2131 fg. wieder zu, ebenso das sächs. Gesetzb. §. 2560 fg.; über das preuß. Recht (A. L. R. I 12 §. 649 fg.) vgl. Koch II §. 842.

[9] Hat die Verzichtleistung nur zu Gunsten bestimmter Personen stattgefunden, so kommt alles darauf an, ob den vorliegenden Umständen zufolge jene Begünstigung nur das Motiv oder die Bedingung des Erbverzichts war; vgl. Beseler S. 249 (der jedoch mit Unrecht von einer Resolutivbedingung spricht); allzu kategorisch nehmen unsere Schriftsteller (Rippel IV S. 57. Michel S. 294. Stubenrauch II S. 284) in einem solchen Fall stets einen bedingten Erbverzicht an. Auf einer Verwechslung des Erbverzichts als Rechtsgeschäfts mit seiner Wirkung beruht die Behauptung Michel's S. 292, daß die dem Erbverzicht beigefügten Bedingungen „stets auflösende" seien.

[10] Der Gegenstand des Erbverzichts ist das Erbrecht des Verzichtenden, nicht der Nachlaß des Erblassers (Hasse im Rhein. Mus. Bd. 2 S. 151. 169): der Erbverzicht ist daher kein obligatorischer Vertrag und deshalb, was gewöhnlich übersehen wird (System II §. 94 Note 41. 43), von dem pactum de repudianda hereditate wohl zu unterscheiden. Da durch den Erbverzicht das Erbrecht selbst verloren geht, so kann allgemeinen Grundsätzen zufolge (System II §. 73 zu Note 7) der Verzichtende nur durch formell gültige Erbeinsetzung wieder zum Erben gemacht werden. Beseler S. 258.

[11] Dies ist der Sinn der vielbesprochenen Schlußworte des §. 551: „Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen." Für diese Ansicht, welche die herrschende ist (Zeiller II S. 411. Winiwarter III S. 44. Grünberg S. 365 fg. 380 fg. Michel S. 300 fg. Stubenrauch II S. 285. 286. Ellinger zu §. 551), spricht indirekt auch der Umstand, daß das Gesetzbuch der eventuellen Pflicht der Nachkommen, die von den Renuntianten erhaltene Abfindungssumme zu conferiren, nirgends erwähnt, sowie die Vergleichung des §. 551 mit der Anordnung des §. 632.

Wären jene Schlußworte nur auf den Fall des Überlebens des Verzichtenden zu beziehen, so würden sie theils Selbstverständliches (§. 732) aussprechen, da es feststeht, daß die Erbschaft, wenn der Renuntiant den Erblasser überlebt, weder ihm noch den durch ihn vermittelten Nachkommen anfällt (Beseler II 2 S. 250. Zürch. Gesetzb. §. 2131), denen er ja durch seinen Verzicht nicht Platz machen wollte, theils könnte man dann von einer „Wirkung auf die Nachkommen" gar nicht sprechen, da eine solche voraussetzt, daß für die Nachkommen, abgesehen von dem Verzicht das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde. Durch jene Schlußanordnung, welche sich im westgal. Gesetzb. II §. 528 noch nicht befand, sollte die in der älteren gemeinrechtlichen Literatur vielbestrittene Frage über die Wirkung des Verzichts auf die Nachkommen des Renuntianten gelöst werden. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2561. Die Lösung selbst, welche theils aus der älteren unrichtigen Auffassung des sog. Repräsentationsrechts (vgl. Zeiller II S. 412), theils aus der unpassenden Generalisirung des nach deutschrechtlichen Prinzipien bei der Abschichtung von Kindern aus der Were stattfindenden Vorgangs, theils aus der Erwägung hervorgegangen sein mag, daß der Verzicht auf das Erbrecht gewöhnlich gegen eine Abfindung erfolgt, welche auch den Nachkommen des Renuntianten zu Gute kömmt, ist nicht zu billigen, da hiernach der Parens über das selbständige Erbrecht seiner Nachkommen verfügen kann, was zu unwürdigen Spekulationen mißbraucht werden mag (vgl. Bluntschli, Erläuter. V S. 185. 186). Die heutige gemeinrechtliche Jurisprudenz ist einstimmig in der Annahme, daß der Erbverzicht den Nachkommen des vorverstorbenen Renuntianten, welche jedoch die von diesem erhaltene Abfindungssumme conferiren müssen, ihre selbständigen Erbansprüche nicht entziehe (Beseler II 2 S. 249 fg. Mühlenbruch Bd. 38 S. 89 fg. Gerber, System §. 264 Note 3. Walter, System §. 438. Gengler S. 1505. Zürch. Gesetzb. §. 2132), und macht hievon bloß bei der Abschichtung ehelicher Kinder aus der Were unter Ausstellung eines Erbtheilungsverzichts (Siegel, Erbr. §. 44) eine Ausnahme, welche sich jedoch aus dem Verhältniß der abgefundenen Kinder zu den nicht abgefundenen erklärt. Beseler S. 324. 325. Zürch. Gesetzb. §. 2133.

3. Die Erbfolge der Verwandten.

a) Berechtigung zur Verwandtenerbfolge.

§. 31.

Zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt sind zunächst ohne Unterschied des Geschlechts die ehelichen Verwandten des Erblassers (§. 730), sollten sie gleich erst nach seinem Tode gezeugt sein[1], und zwar in der absteigenden Linie unbeschränkt, in den aufsteigenden und in den Seitenlinien nur Ascendenten bis zum fünften Grad einschließlich (Eltern, Großeltern, erste, zweite und dritte Urgroßeltern) und die von ihnen abstammenden Seitenverwandten des Erblassers (§. 731. 751)[2]. Uneheliche Kinder, sie mögen in was immer für einer unerlaubten Verbindung erzeugt sein[3], haben ein Recht zur gesetzlichen

Erbfolge in das Vermögen ihrer Mutter, nicht auch in den Nachlaß der mütterlichen Verwandten, selbst nicht der Geschwister[4], des Vaters[5] und der väterlichen Verwandten (§. 754); dieses Erbrecht, welches auch den ehelichen Nachkommen des unehelichen Kindes gegen die uneheliche Großmutter zusteht[6], ist ein wechselseitiges (§. 756). Durch nachfolgende Ehe legitimirte Kinder (§. 161) stehen den ehelichen gleich (§. 752. 756)[7]; ebenso Kinder aus einer convalidirten oder putativen Ehe (§. 160[8]. 752. 756)[9]; durch Rescript des Landesfürsten zum Zweck der Erlangung des gesetzlichen Erbfolgerechts legitimirten Kindern steht in Ansehung des väterlichen Erbvermögens ein Intestaterbrecht zu (§. 753)[10], welches wechselseitig ist (§. 756)[11]. Adoptivkinder mit ihrer ehelichen Nachkommenschaft (§. 183) haben nebst dem Erbrecht in ihrer natürlichen Familie in der Regel (§. 183. 184) gegen ihren Adoptivpareus ein gesetzliches Erbrecht (§. 755), welches nicht auch diesem gegen jene zusteht (§. 756)[12].

Anm. [1] Vgl. oben §. 5 Anm. 1 und Hüttner S. 152. 161 fg.

[2] Die eigenthümliche Beschränkung des Erbrechts ehelicher Verwandten, welche durch das Ehegesetz für Katholiken v. 8. Okt. 1856 §. 34 herbeigeführt wurde (1. Aufl. §. 31 Anm. 2) ist sammt ihrer Quelle in Hinkunft beseitigt. Ges. v. 25. Mai 1868.

[3] Nach österr. Recht ist dies außer allem Zweifel; im gem. Recht dagegen ist dieser Punkt sehr zweifelhaft, vgl. Arndts §. 476 Anm. 1. Schirmer S. 225 fg.

[4] Dies ist durchwegs die herrschende Lehre und man kann ihr gegenüber, so sehr man auch dazu geneigt sein möchte, selbst durch die Interpretation des §. 754 in dem Sinn, daß unter den „übrigen Verwandten" nur die Verwandten der fünften und sechsten Linie, nicht auch die Seitenverwandten der zweiten Linie, zu verstehen seien, nicht helfen, da es im §. 756 kategorisch heißt, daß auf das Vermögen des unehelichen Kindes „nur der Mutter die Erbfolge gebührt" und daß alle „anderen Verwandten des Kindes" davon ausgeschlossen sind. Zu billigen ist diese strenge Durchführung des im §. 165 adoptirten deutschrechtlichen (Grimm, R. A. S. 475. 476. Siegel §. 9. 11) Prinzips gewiß nicht, da sich der unbedingte Vorzug der Eltern vor den Geschwistern des Erblassers bei der Intestatsuccession nur durch die Erwägung rechtfertigen läßt, daß das Vermögen des Erblassers hinterher doch noch seinen Geschwistern zukommen werde, die er ja mit gleicher Liebe wie seine Eltern umfaßt (vgl. Köppen, System S. 49 fg.): und ist es nicht über alle Maßen hart, daß uneheliche Zwillinge sich nicht gegenseitig ab intestato beerben, sondern daß ihr Erbvermögen, wenn sie nach dem Tode ihrer Mutter unverheirathet sterben, als erblos an den Fiscus fällt? Vgl. auch Walter, System §. 408. — Nach R. R. hat das uneheliche Kind der Mutter und allen mütterlichen Verwandten gegenüber Intestaterbrecht (L. 2. 4. 8 D. unde cogn. 38. 8. Schirmer §. 12 Note 37); nach preuß. Recht hat das uneheliche Kind zwar im allgemeinen gegen die mütterlichen

Eltern des Erblassers sammt den Geschwistern und den Kindern der Geschwister des Erblassers; die dritte Linie bilden die Großeltern sammt den Geschwistern der Eltern und deren Nachkommen; die vierte, fünfte und sechste Linie die ersten, zweiten und dritten Urgroßeltern des Erblassers sammt ihren Abstämmlingen (§. 731). Die spätere Linie gelangt immer erst dann zur Erbfolge, wenn keiner der in den früheren Linien berufenen Verwandten die Erbschaft erwerben kann oder will (sog. successive Delation). Dieses Linealsystem wird in allgemeiner Verbindung mit dem Eintrittsrecht zur Anwendung gebracht, so daß selbst in den höheren Parentelen die entfernteren Nachkommen an die Stelle der vorverstorbenen nächstberechtigten Verwandten treten und somit die Nähe des Grades überall keinen Vorzug gibt[2]. Der Ursprung der Bestandtheile des Nachlasses ist ohne Einfluß auf die Beerbung: die Güter fallen nicht auf die Seite zurück, von der sie gekommen sind, sondern die väterlichen und mütterlichen Verwandten haben gleichen Anspruch daran[3].

Anm. [1] Die Parentelenordnung wurde durch das von Horten ausgearbeitete Erbfolgepatent v. 11. Mai 1786 (System I S. 7) eingeführt, welches (§. 3 ... 22) den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzbuchs über die Intestaterbfolge der ehelichen Verwandten fast wörtlich zu Grunde liegt. Durch dieses Patent wurde „zum gemeinschaftlichen Besten der Unterthanen in den gesammten deutschen Erbländern eine allgemeine für alle Stände ohne Unterschied gleiche Ordnung der gesetzlichen Erbfolge des freivererblichen Vermögens eingeführt" und „alle sowohl über die gemeine Erbfolge als über die Erbfolge der Landstände bisher bestandenen Gesetze gänzlich aufgehoben." Über das frühere Intestaterbrecht in Niederösterreich: Hüttner in der Einleitung zu dem §. 29 Anm. 1 angeführten Werke S. 23 fg.; in Tirol: Rapp, über das vaterländische Statutenwesen, in den Beiträgen zur Geschichte von Tirol Bd. 3 S. 53 fg. Bd. 5 S. 75 fg. 78 fg. Oberweis, über tirolisches Erbrecht, in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 9 Nr. 10. Bd. 11 Nr. 4. Die Parentelenordnung (oder genauer die Linealgradualordnung Anm. 2) ist doch wohl die Successionsordnung des älteren deutschen Rechts. Sydow, Erbrecht des Sachsenspiegels S. 116 fg. Pauli, Abhandl. aus dem lübischen Recht Bd. 3 S. 41 fg. Bluntschli in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 9 Nr. 5. Hahn, die materielle Übereinstimmung S. 537 fg. Gerber, System §. 251 (vgl. jedoch 8. Aufl. §. 251 Note*). Walter, System §. 401. Deutsche R. G. §. 576. Beseler, System II §. 151. Doch ist dies nicht unbestritten; so von Siegel, das deutsche Erbrecht S. 21. 44 fg. und Habilitationsschrift: die germanische Verwandtschaftsberechnung mit besonderer Beziehung auf die Erbfolge (1853); dagegen jedoch Bluntschli in der krit. Überschau Bd. 1 Nr. 16 S. 390 fg. Gengler, Lehrb. des deutschen Pr. R. S. 1313 fg. In neuester Zeit hat auch Wasserschleben, das Prinzip der Successionsordnung nach deutschem insbes. sächsischem Recht 1860 S. 29 fg. sich gegen die sog. Parentelenordnung erklärt

und eine neue Meinung ausgesprochen; vgl. dazu resp. dagegen Siegel in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 6 Liter. Bl. S. 21 fg. Vgl. ferner Homeyer, die Stellung des Sachsenssp. zur Parentelenordnung 1860. Maurer in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 2 S. 262 fg. Rive in den Jahrb. des gem. Rechts Bd. 6 Nr. 7.

[2] Wenn an der einfachen und klaren Erbfolgeordnung des österr. Rechts etwas zu tadeln ist, so ist es, abgesehen von der gewiß übermäßigen Zulassung von sechs Linien zur Erbfolge, die Nichtberücksichtigung der Gradesnähe in den höheren Parentelen, also die Zulassung des Eintrittsrechts in den entfernteren Linien, da dies gar leicht zu einer gänzlichen Zersplitterung (Pulverisirung) der Erbschaft führen kann. Vgl. auch Gönner im Archiv f. d. Gesetzgeb. IV S. 260. Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Civilgesetz. S. 190. Auch nach dem älteren deutschen Recht entschied innerhalb jeder Parentel die Nähe des Grades, indem diejenigen die nächsten Erben waren, welche der gemeinsamen Spitze am nächsten standen: „je näher dem Sipp, je näher dem Erb", „nächst Blut, nächst Gut." Rive S. 227: „Die Gliederung nach getrennten Linien und der Vorzug des Grades innerhalb dieser bildete stets das allgemeine Grundprinzip der germanischen Erbfolge." Den richtigen Weg geht das zürch. Gesetzb. §. 1893 fg. 1917 fg. 1928 fg. 1936 fg. — Zu Gunsten der im bürg. Gesetzb. durchgeführten Parentelenordnung hat sich auch Feuerbach, Leben und Wirken I S. 155. 156 ausgesprochen. Wenn Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts S. 326 behauptet, „alle neueren Rechtserscheinungen, selbst das österr. Parentelensystem hätten an den justinianischen Novellen 118 und 127 nichts verbessern können, so sehr seien diese neben der Consequenz auf Billigkeit gegründet, wobei zu bemerken sei, daß das letztere (das österr. Parentelensystem) nur eine kleine Veränderung in der Successionsordnung enthalte, aber keineswegs eine Fortbildung des deutschen Rechts sei, vielmehr von dem römischen Prinzip der vermögensrechtlichen Individualität ausgehe": so ist in dieser Behauptung Wahres und Falsches in wunderlicher Weise gemischt. Vgl. übrigens Roßhirt selbst S. 338.

[3] Nach älterem deutschen Recht fand ein solches Fallrecht (jus recadentiae) häufig statt: paterna paternis, materna maternis. Vgl. Schirmer §. 16 Note 50. Walter, System §. 406.

β) Die Erbfolge in der absteigenden Linie.

§. 33.

Zur gesetzlichen Erbfolge werden zunächst die erbfähigen Kinder des ersten Grades ohne Unterschied des Geschlechtes berufen; diese theilen die Erbschaft nach Köpfen unter sich (§. 732). Die Nachkommen entfernteren Grades werden durch ihre noch lebenden Eltern, welche ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermitteln, von dessen Erbschaft ausgeschlossen (§. 732), und dies selbst dann, wenn der noch lebende Parens erbunfähig oder rechtmäßig enterbt ist[1] oder die ihm angefallene Erbschaft ausgeschlagen hat[2]. Enkel und Urenkel, welche zur Erbfolge berufen werden, erben nach Stämmen, sie

mögen mit Abkömmlingen gleichen oder verſchiedenen Grades zuſammentreffen (§. 733. 734)[a]. Sie rücken ſomit was die Größe ihres Erbtheils betrifft an die Stelle ihres vorverſtorbenen Parens, erhalten aber dieſen Erbtheil kraft eigenen Rechts, indem ihnen die Erbſchaft auf Grund des verwandtſchaftlichen Verhältniſſes, in welchem ſie ſelbſt zu dem Erblaſſer ſtehen (§. 730), angeboten wird: das ſog. Repräſentations- oder Vorſtellungsrecht[3] bezieht ſich nur auf die Erbportion, nicht auf die Erbberechtigung: es gelangen daher die entfernteren Deſcendenten gleichſam als geſetzliche Subſtituten auch dann zur Erbſchaft, wenn ihr vorverſtorbener Parens erbunfähig (§. 541) oder rechtmäßig enterbt (arg. §. 780) geweſen ſein ſollte[4]. Bei mehrfacher Verwandtſchaft mit dem Erblaſſer können in Folge der Stammtheilung auf einen und denſelben Abſtämmling mehrere Erbtheile gelangen (§. 750).

Anm. [1] Wenn man nur den Schlußſatz des §. 732, wie er aus §. 4 des Erbfolgepat. v. 11. Mai 1786 (vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 534) wörtlich herübergenommen wurde („Enkel von noch lebenden Kindern und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge"), unbefangen lieſt, ſo würde man glauben, daß die ſtillſchweigende ſelbſtverſtändliche Vorausſetzung hier wie auf dem Boden des gemeinen Rechts (vgl. Arndts im R. L. V S. 683. Pandekt. §. 477. Schirmer S. 246) die Erbfähigkeit des noch lebenden Parens ſei, und dafür ſprächen auch die Eingangsworte des §. 735, die doch ſicher nur von erbfähigen Deſcendenten zu verſtehen ſind und ebenſo die §§. 738. 741. 744. 748. 759. 760, welche die Erbfähigkeit des vorhandenen geſetzlichen Erben vorausſetzen (Winiwarter III S. 291. Stubenrauch II S. 583). Allein die §§. 541. 780 laſſen leider keinen Zweifel darüber, daß ſelbſt der erbunfähige oder rechtmäßig enterbte noch lebende Parens ſeine Kinder von der Erbfolge ausſchließe. Vgl. auch Hüttner S. 155. 156. Dieſe eigenthümliche Anordnung iſt gewiß verwerflich. Der erbunfähige oder rechtmäßig enterbte Parens iſt in Beziehung auf die geſetzliche Erbfolge pro mortuo zu halten: wenn dies unſtreitig zu Gunſten der folgenden Linien gilt, warum nicht auch innerhalb derſelben Linie zu Gunſten der eigenen Kinder des Ausgeſchloſſenen? Läßt es ſich irgendwie rechtfertigen, daß für die Enkel der frühere Tod ihres erbunfähigen oder enterbten Parens von ſo entſcheidender Bedeutung in Anſehung ihres geſetzlichen Erbrechts (ſowie ihres Notherbenrechts) an dem großelterlichen Nachlaß iſt? Wenn Zeiller II S. 398 (vgl. S. 797) zur Rechtfertigung jener Anordnung bemerkt, daß da beim Überleben des Erbunfähigen „deſſen Ausſchließung ſchon zur Wirkſamkeit gekommen ſei, den übrigen nächſten Erben das ihnen dadurch bereits erworbene oder angefallene Recht nicht mehr entzogen oder geſchmälert werden könne, daher die Nachkommen des Unwürdigen ebenfalls ausgeſchloſſen bleiben", ſo enthält dieſe vermeint-

[a] L. 2 C. de suis et legit. 6. 55. §. 6. 16 I. de her. quae ab intest. 3. 1.

liche Motivirung, welche Hüttner §. 20, Rippel IV S. 33, Winiwarter III S. 22. 23 und Dalwigk I S. 14. 15 beistimmend wiederholen, eine petitio principii, da es sich eben darum handelt, ob in Folge der „Wirksamkeit der Ausschließung" des Parens die Erbschaft den Descendenten des Ausgeschlossenen oder mit Übergehung derselben anderen Personen deferirt werden soll. Glaubt man aber die Ausschließung der Descendenten etwa damit motiviren zu können, daß die von ihnen erworbene Erbschaft mittelbar doch ihrem ausgeschlossenen Parens zu Gute käme, so übersieht man hiebei, daß eine solche Gefahr, welche der Cod. civ. a. 730 zu vermeiden verstand, nach österr. Recht gar nicht vorhanden ist, da diesem zufolge die Eltern, freilich unbilliger Weise genug, am Vermögen ihrer Kinder gar kein Nutzungsrecht haben. Es scheinen bei dieser Bestimmung noch ältere unrichtige Ansichten über das sog. Repräsentationsrecht mitgewirkt zu haben; vgl. auch Cod. civ. art. 744: On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles, qui sont mortes .... — Eine Ausnahme von jener Regel, daß die Descendenten eines noch lebenden erbunfähigen Kindes von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind, findet in Ansehung von Deserteuren statt, da es im Milit. Strafg. vom 15. Jänner 1855 §. 208 lit. c. ausdrücklich heißt, daß „dasjenige Vermögen, welches einem Deserteur bis zu seiner Verhaftung oder Rückkehr unter dem Titel einer Erbschaft ..... zufällt, an seiner Statt jenen gesetzlichen Erben zuzuwenden ist, denen es zugefallen sein würde, wenn der Deserteur den Anfallstag nicht erlebt hätte." Die grundlose Behauptung Winiwarters III S. 290, daß auch im Fall der Erbunfähigkeit eines noch lebenden Kindes wegen Eintritts in ein Kloster (§. 538. 539) dessen Descendenten die gesetzliche Erbfolge deferirt werde, hat bereits Stubenrauch II S. 584 zurückgewiesen.

[2] Es findet also nach österr. Recht abweichend vom gemeinen Recht in Ansehung der Descendenten eine sog. successio graduum nicht statt. Vgl. auch Hüttner S. 146. Dieser Mangel macht sich hauptsächlich dann geltend, wenn das ausschlagende Kind das einzige dieses Grades ist oder wenn sämmtliche Kinder desselben Grades repudiiren, während sonst, wie man dies gewöhnlich auszudrücken pflegt, doch wohl das Accrescenzrecht der successiven Delation vorgeht, was aber freilich in neuerer Zeit, de lege lata jedoch gewiß mit Unrecht, vielfach bestritten ist (vgl. Bangerow §. 420 Anm. Arndts im R. L. V S. 693 fg. Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 8 S. 13 und besonders Schirmer §. 15). Ein nicht zu rechtfertigender Übelstand bleibt dies auf alle Fälle, da sich kein Grund absehen läßt, warum die Repudiation des Sohnes den Enkel um sein gesetzliches Erbrecht bringen und die Erbschaft mit Überspringung desselben dem Ascendenten oder entfernten Seitenverwandten des Erblassers deferirt werden oder auch nur den näheren Descendenten desselben durch Anwachsung ausschließlich zufallen soll, ganz abgesehen davon, daß in einem solchen Fall sowie im Fall der Anm. 1 in Widerspruch mit dem Wortlaut des §. 735 die Erbschaft an die zweite Linie gelangt, obgleich jemand „vorhanden ist, der von dem Erblasser selbst abstammt." Auch hier hat wohl noch die ältere unrichtige Ansicht über das sog. Repräsentationsrecht mitgewirkt. Vgl. dagegen auch Cod. civ. a. 786. 787 und A. L. R. II 2 §. 352. Stirbt das Kind ersten Grades, ohne die Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen zu haben, so tritt allgemeinen Grundsätzen zufolge Transmission ein (§. 537. 809), so daß also nicht eine neue

Delation an die Enkel, sondern Succession derselben in die ursprüngliche Delation stattfindet.

3 Ein besserer Ausdruck dafür wäre Eintrittsrecht oder Nachrückungsrecht, da die Descendenten in der That an die Stelle des Vorverstorbenen treten, an dessen Statt sie erben: „in ires vader stat. Alle nemet se aver enes mannes deil.“ Sachsenssp. I 5 §. 1.

4 Die Behauptung, daß sich nach österr. Recht das sog. Repräsentationsrecht auf die Erbberechtigung selbst beziehe, so daß den entfernteren Descendenten nicht jure proprio, sondern nur als Repräsentanten ihrer vorverstorbenen Eltern (jure praedefuncti parentis), also nur dann das gesetzliche Erbrecht gebühre, wenn es diesen zugestanden hätte (Hüttner §. 20. 38. 52. Nippel in den Mater. Bd. 6 S. 274 fg. Erläuter. IV S. 32. 36 fg. Füger, Erbr. I S. 22 fg. III S. 147 fg.) ist nichts anderes als ein trüber Nachklang eines überwundenen (noch in den Cod. civil a. 730. 739 sq. übergegangenen) gemeinrechtlichen Irrthums (vgl. Glück, Intestaterbf. §. 23 fg., der jedoch zum Theil noch selbst in dem alten Irrthum befangen ist, Bangerow §. 414 Anm. 2. Schirmer S. 246 fg.) und entbehrt aller reellen Begründung, obgleich sich im Gesetzb. allerdings gelegentlich noch Nachwirkungen der älteren unrichtigen Theorie finden (Anm. 1. 2). Ganz äußerlich und oberflächlich ist zunächst die Berufung auf §. 733 (vgl. §. 734 a. E.): aus den Worten „so fällt der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel .... zu“, will man folgern, daß, wenn dem verstorbenen Kind wegen Erbunfähigkeit oder rechtmäßiger Enterbung ein Antheil nicht gebührt hätte, auch der nachgelassene Enkel von der großväterlichen Erbschaft nichts erhalten könne. Man übersieht hiebei gänzlich, daß die angeführten Worte nur die getreue Übersetzung der betreffenden Stelle der Nov. 118 c. 1 enthalten: . . . sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere .... tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas (cf. Gaj. III 7. 8. Ulp. XXVI 2. §. 6 I. de hered. quae ab intest. 3. 1). Aus dieser Stelle geht deutlich hervor, daß die Enkel die Erbportion, nicht das Erbrecht, ihrer Eltern haben sollen, und so wenig man aus ihr für das gemeine Recht jenes vermeintliche Repräsentationsrecht ableiten kann (vgl. insbes. Büchel, Streitfragen aus Nov. 118 S. 121 fg. 217 fg.), so wenig geht dasselbe wegen jener Worte des §. 733 für das österr. Recht an. Der §. 541 ferner enthält nicht etwa, wie man meint, eine Ausnahme von der Regel, sondern vielmehr eine bei passender Gelegenheit und in Ansehung eines vielbezweifelten Falles (vgl. Cod. civ. a. 730) ausgesprochene Bestätigung derselben: hätte es auch einen vernünftigen Sinn, daß das Kind eines vorverstorbenen Kindes, welches sich am Erblasser thätlich vergriffen hat (§. 540), zu der Erbschaft des Großvaters zugelassen (§. 541), dagegen das Kind eines in's Kloster gegangenen (oder unbefugt ausgewanderten) Kindes davon ausgeschlossen sein soll? Daher ist die Anordnung des §. 541 unbedenklich auch auf den Fall des §. 542 anzuwenden. Was man dagegen überhaupt und besonders aus angeblichen Gründen der Strafpolitik eingewendet hat (vgl. insbesondere Gapp in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs.

1825 II Nr. 37), fällt zusammen mit der Erwägung, daß man die Kinder für die Schuld der Eltern nicht büßen lassen kann und daß die Erbschaft dem Kinde oder Enkel doch auch dann anfällt, wenn ein Dritter zu diesem Zweck den Erblasser an Errichtung eines Testaments gehindert oder das errichtete unterdrückt hat, oder wenn das Kind ersten Grades den Erblasser, um ihn zu beerben, auf den Tod verwundet hat und nun dennoch selbst früher stirbt, bevor jener seinen Wunden erliegt. Und wäre es nicht gar zu sonderbar, wenn der Enkel zur großväterlichen Erbschaft berufen würde, falls das Kind aus dem Grund des §. 542 ausdrücklich enterbt worden wäre (§. 770. 780), dagegen von ihr ausgeschlossen sein sollte, wenn dieser Enterbungsgrund ipso jure als Erbunfähigkeitsgrund wirkt? Eine indirekte Bestätigung für das eigene Recht der entfernteren Descendenten zur gesetzlichen Erbfolge und zum Pflichttheil liegt in der Anordnung des §. 754: würden die Enkel wirklich nur als Repräsentanten ihrer Eltern erben, so wäre gar kein Grund vorhanden, uneheliche Kinder von der Erbschaft ihrer mütterlichen Großeltern auszuschließen: da sie aber proprio jure auf Grund ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser erben und von allen Rechten der Verwandtschaft ausgeschlossen sein sollen (§. 165), so konnten sie consequent zur großelterlichen Erbschaft nicht zugelassen werden. Gegen die Annahme eines sog. Repräsentationsrechts in dem hier bekämpften Sinn, dem übrigens die Gegner selbst durch die Behauptung, daß dasselbe durch die Beerbung der vorzustellenden Eltern nicht bedingt sei (Hüttner S. 121. 158 Note **), die Spitze abbrechen, haben sich auch erklärt Szabdej in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1834 I Nr. 4. Gspan ebenda 1835 I Nr. 17. Winiwarter III S. 22. 25 fg. 284. 285. Stubenrauch II S. 580. 268 fg. Ellinger zu §. 790. Eigenthümlich und innerlich widersprechend ist die Ansicht Zeiller's II S. 397. 398. 797. 811. 816: er spricht den entfernteren Descendenten bei der gesetzlichen Erbfolge nur ein Repräsentationsrecht in dem hier verworfenen Sinne (Mangel des eigenen Rechts) zu, während er bei dem Pflichttheil die Selbständigkeit ihres Anspruchs (proprium jus) anerkennt.

γ) Die Erbfolge in den aufsteigenden Linien.

§. 34.

In der aufsteigenden Linie werden zunächst die Eltern des Erblassers zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen (§. 735). Die Geschwister und die Kinder vorverstorbener Geschwister des Erblassers gelangen nur als Descendenten ihres vorverstorbenen Parens, durch den ihre Seitenverwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt ist, zur Erbfolge[1], und es kommen dann die für die Erbfolge in absteigender Linie geltenden Regeln, insbesondere in Ansehung der Geschwisterkinder die Stammtheilung[2], zur Anwendung (§. 735. 736). Ist ein Elterntheil ohne Hinterlassung erbfähiger Nachkommen gestorben oder gelangen diese, weil ihr noch lebender obgleich selbst nicht zur Erbfolge gelangender Parens ihnen im Wege steht, nicht zur Erb-

folge, so fällt der ganze Nachlaß dem andern noch lebenden Parens, und dafern dieser schon gestorben ist, dessen Nachkommen zu (§. 737). Vollbürtigkeit oder Halbbürtigkeit der Geschwister begründet keinen Unterschied in der Ordnung der Erbfolge, sondern nur in der Größe der Erbportion (§. 736)[3].

In den übrigen aufsteigenden Linien wird die Erbschaft mit Rücksicht auf die väterliche und mütterliche Seite in so viel Stämme getheilt als Elternpaare vorhanden sind, somit in der Linie der Großeltern in zwei, in der Linie der Urgroßeltern in vier, in der fünften Linie in acht und in der sechsten Linie in sechzehn Stämme (§. 738...749). In jedem Stamm erben zunächst die Ascendenten, und es löst sich auch hier die Erbfolge der Seitenverwandten in eine Descendentenerbfolge auf. Innerhalb eines jeden Stammes wird nach den für die zweite Linie geltenden Grundsätzen geerbt (§. 739. 742. 745. 748). Sind in einem Stamm keine erbfähigen Verwandten vorhanden, so fällt dieser Stammtheil in der dritten Linie auf das andere Großelternpaar (§. 740); in der vierten Linie zunächst auf den andern Stamm derselben Seite und erst wenn auch dieser erloschen ist auf die beiden Stämme von der andern Seite (§. 743)[4]; in der fünften Linie zuvörderst auf den zunächst verbundenen Stamm, hierauf auf die übrigen Stämme derselben väterlichen oder mütterlichen Seite, und zuletzt auf die noch vorhandenen Stämme der andern Seite (§. 746. 747); ebenso in der sechsten Linie, nur daß hier je zwei und je vier Stämme derselben Seite in näherer Verbindung untereinander stehen (§. 749). Mehrfache Verwandtschaft mit dem Erblasser verschafft mehrfachen Erbtheil (§. 750).

Anm. [1] Es schließen also im Geist des deutschen Rechts (Grimm, R. A. S. 476. 477. Walter, System §. 403) die noch lebenden Eltern die Geschwister und Geschwisterkinder des Erblassers aus (sog. Schooßfall: „das Kind fällt in der Eltern Schooß"); dagegen gehen die Geschwister und ihre noch so entfernten Kinder allen übrigen Ascendenten unbedingt vor. Nach röm. Recht concurriren in der zweiten Classe Ascendenten, vollbürtige Geschwister und Söhne und Töchter derselben, während halbbürtige Geschwister mit ihren unmittelbaren Descendenten in der dritten Classe und entferntere Geschwisterkinder in der vierten Classe erben. Arndts, Pand. §. 477. Nach preuß. Recht schließen die in der zweiten Classe erbenden nächsten Ascendenten des Erblassers dessen Geschwister aus, welche, dafern sie vollbürtig sind, sammt allen Geschwisterkindern in der dritten Classe erben, während in der vierten Classe die entfernteren Ascendenten nach der Nähe des Grades und mit ihnen zu-

gleich die halbbürtigen Geschwister des Erblassers und deren Kinder je die Hälfte des Nachlasses erhalten und in der fünften Classe alle übrigen Verwandten nach Gradesnähe in capita succediren. Koch II §. 850. Nach französ. Recht erben die Descendenten des Erblassers in der ersten Classe, die Eltern sowie die vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister sammt ihren Nachkommen in der zweiten Classe (und zwar erhält jeder Elterntheil ein Viertheil des Nachlasses art. 749. 751), die übrigen Ascendenten in der dritten Classe, und die übrigen Seitenverwandten bis zum zwölften Grad einschließlich in der vierten Classe. Frey, französ. Civilr. Bd. 3 §. 670 fg. Eigenthümlicher Weise (vgl. Grimm, R. A. S. 477 Nr. 2) waren nach älterem österr. Provinzialrecht die Ascendenten von der gesetzlichen Erbfolge gänzlich ausgeschlossen (Hüttner S. 24. 37), doch wurde dies schon durch die romanisirende Erbrechtsordnung Carl VI. v. J 1720 beseitigt, Hüttner S. 33 fg.; ebenso nach älterem tirolischem Recht (Rapp in den Beiträg. Bd. 3 S. 53 Note 78), während nach den Landesordnungen von 1532 und 1573 die Geschwister und Geschwisterkinder in der zweiten, die Ascendenten in der dritten Classe und die übrigen Seitenverwandten in der vierten Classe erbten. Vgl. Rapp, Beiträge Bd. 5 S. 78 fg. Oberweis in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 9 S. 325. Bd. 11 S. 108 fg. 124 fg.

[2] Unter dem Ausdruck „Geschwisterkinder" werden hier die Kinder der Geschwister des Erblassers, also seine Neffen, Nichten, Großneffen u. s. f. verstanden, während man sonst unter Geschwisterkindern die Kinder zweier Geschwister (consobrinus, amitinus, patruelis) versteht. — Die Stammtheilung tritt auch dann ein, wenn Geschwisterkinder des Erblassers allein Erben werden; anders und unpassend ist diese gemeinrechtliche Controverse durch den Reichsabschied von Speyer v. J. 1529 §. 31 (successio in capita) gelöst worden; vgl. Glück S. 664 fg. Arndts im R. L. V S. 692. 693. Pandekt. §. 479 Anm. 1. Bangerow II S. 67. 68. Schirmer S. 277 fg.

[3] Über den verschiedenen Einfluß der Halbbürtigkeit auf die Erbfolge nach deutschem Recht vgl. Walter, System §. 405. Siegel, Erbr. §. 21. 22.

[4] Im Schlußsatz des §. 743 ist statt: „sind aber beide Stämme von der väterlichen und mütterlichen Seite erloschen" zu lesen: „von der väterlichen oder mütterlichen Seite." Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1828 II S. 187. 188. Dieser Fehler kömmt selbst noch in der sorgfältiger revidirten amtlichen Ausgabe des Gesetzbuchs für Ungarn u. s. w. vor, während die richtige Lesart sich im §. 15 des Erbfolgepat. v. 11. Mai 1786 findet.

4. Die Erbfolge der Ehegatten.

§. 35.

Den Ehegatten steht auf Grund ihrer innigen Lebensgemeinschaft ein wechselseitiges Intestaterbrecht zu. Voraussetzung desselben ist der Fortbestand der gültigen Ehe[1] bis zum Tode des Erblassers (§. 1266); hat eine Scheidung des ehelichen Zusammenlebens ohne Einverständniß der Gatten stattgefunden, so behält der schuldlose

Theil das geſetzliche Erbrecht (§. 759)[2]. Das Erbrecht des Gatten iſt ein verſchiedenes, je nachdem erbberechtigte Verwandte des Erblaſſers vorhanden ſind oder nicht. Im letzteren Fall, ſowie wenn die vorhandenen erbberechtigten Verwandten von ihrem Erbrecht keinen Gebrauch machen, erhält der überlebende Gatte die ganze Erbſchaft (§. 759)[a]. Sind erbberechtigte Eltern oder Seitenverwandte des Erblaſſers vorhanden, ſo hat der überlebende Gatte, Mann wie Frau, reich oder arm, ein concurrirendes geſetzliches Erbrecht auf ein Viertheil der Erbſchaft[3] und iſt in dieſer Beziehung durchwegs als wahrer Erbe zu behandeln (§. 758)[4]. Sind jedoch erbberechtigte Kinder des Erblaſſers vorhanden, ſo erhält der überlebende Gatte von dem Erbvermögen ein Viertheil und wenn mehr als drei Kinder erſten Grades[5] mit ihm zuſammentreffen einen Kopftheil[6], aber immer, er mag mit weniger oder mehr als drei Kindern[7], mit eigenen oder Stiefkindern[8] concurriren, nur zum lebenslänglichen Nießbrauch[9], während das Eigenthum an dem Erbtheil den Kindern des Erblaſſers verbleibt[10] (§. 757); der erbberechtigte Gatte iſt in dieſem Fall Einzelnachfolger[11] und befindet ſich in der rechtlichen Stellung eines Legatars, dem der Nießbrauch an einer Quote des Erbvermögens vermacht worden iſt[12]. Der Gatte, der mit Verwandten des Erblaſſers zuſammentrifft, muß ſich in ſeinen Erbtheil alles einrechnen laſſen, was er zufolge der Ehepakten[13] oder einer letztwilligen Anordnung des Erblaſſers aus deſſen Erbvermögen erhält (§. 758); die Einrechnung geſchieht durch Abrechnung der betreffenden Beträge von dem zu empfangenden geſetzlichen Erbtheil[14].

Anm. [1] Die eigenthümliche Ausnahme, welche durch §. 34 des Ehegeſ. f. Kathol. v. 8. Okt. 1856 herbeigeführt worden war (1. Aufl. §. 35 Anm. 1), iſt ſammt ihrer Quelle in Hinkunft beſeitigt. Geſ. v. 25. Mai 1868.

[2] Anders nach gem. Recht, arg. L. un. §. 1 D. unde vir et uxor 38. 11. Arndts im R. L. VS. 696. 699. Pandekt. §. 480. 481. Schirmer §. 13 Note 5. 8 a.

[3] Nach R. R. hat nur die arme undotirte Wittwe geſetzlichen Anſpruch auf die Quart des Erbvermögens ihres wohlhabenden Ehemanns (Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5). Das bürg. Geſetzb. ſchließt ſich dem Geiſt des deutſchen Rechts an, indem es die ſtatutariſche Erbportion beiden Gatten ohne weitere Vorausſetzung einräumt, bildet dieſe Portion jedoch ſichtlich der röm. Quart nach. Vgl. auch Pfeiffer, Ideen §. 49. Was Köppen, Syſtem S. 51 fg. gegen ein wechſelſeitiges Erbrecht

[a] Dig. unde vir et uxor 38. 11 C. eod. 6. 18.

der Gatten in Concurrenz mit Verwandten des Erblassers anführt, trifft sicher nicht zu, da sich dasselbe ebensogut gegen die bonorum possessio unde vir et uxor sagen ließe, und paßt in der That nur auf die Versagung eines Pflichttheilsanspruchs für den überlebenden Gatten.

[4] Nach österr. Recht ist hieran nicht zu zweifeln, während dieser Punkt auf dem Boden des gem. Rechts sehr bestritten ist; vgl. gegen Bangerow II §. 488 Nr. 5, welcher der armen Wittwe das eigentliche Miterbrecht abspricht, Arndts im R. L. V S. 698 Note 178 und Schirmer §. 13 Note 15. Eine Ausnahme müßte dann stattfinden, wenn dem Gatten die ganze ihm zukommende Portion in Gestalt eines Vermächtnisses hinterlassen worden wäre, während er bei unzureichendem Legat das noch Fehlende immerhin als Miterbe mit der Erbschafts- oder Erbtheilungsklage fordern könnte. Vgl. Schirmer Note 16.

[5] Daß unter Kindern in §. 757 nur Kinder des ersten Grades zu verstehen seien, ist nicht zu bezweifeln. Vgl. Zeiller II S. 757. Hüttner §. 118. Rippel V S. 38 fg. Winiwarter III S. 313. Stubenrauch II S. 609. Concurrirt der Gatte mit Enkeln des Erblassers, so findet Stammtheilung statt, und wären selbst nur Kinder (Enkel) eines einzigen vorverstorbenen Kindes in größerer Anzahl vorhanden, so erhält der überlebende Gatte doch ein Viertheil der Erbschaft zum Nießbrauch. Vgl. Arndts im R. L. V S. 698. Bangerow §. 488 Nr. 3. Schirmer §. 13 Note 12. §. 16 Note 18.

[6] Diese Ansicht, daß der Ehegatte auch bei dem Zusammentreffen mit drei oder mehr Kindern doch nur den Nießbrauch, nicht auch die Proprietät seines Viriltheils erlange, entspricht dem röm. Recht (Nov. 117 c. 5), welches dem österr. Recht in dieser Materie zum Vorbild gedient hat, und dem geschichtlichen Entwicklungsgang des letzteren. Erbrechtsordn. außer Testament v. 28. Mai 1720 Tit. 14 §. 4. Erbfolgepatent v. 11. Mai 1786 §. 24. Westgal. Gesetzb. II §. 557; vgl. hiezu insbes. Würth in der G. Z. 1854 Nr. 133 . . . 136. In Widerspruch mit dieser geschichtlichen Entwicklung, mit der ratio legis und einer feststehenden Praxis ist in ziemlich unverantwortlicher und abgeschmackter Weise die Behauptung aufgestellt worden, daß dem Gatten, wenn er mit drei oder mehr Kindern concurrire, das Eigenthum seiner Virilportion gebühre. Grünberg in Haimerl's Magaz. Bd. 4 Nr. 9. Diese Ansicht, welche ihr Hauptargument auf einen der beiden in §. 757 enthaltenen Strichpunkte stützt und zu dem widersinnigen Resultat führen würde, daß der Gatte, wenn er mit drei Kindern concurrirt, das Eigenthum, wenn er aber mit einem oder zwei Kindern zusammentrifft, nur den Nießbrauch des vierten Theils der Verlassenschaft erhielte, ist allseitig auf lebhaften Widerspruch gestoßen; vgl. dagegen Weiske in Haimerl's Magaz. Bd. 5 Nr. 7. Kabelka ebda Nr. 8. Körber ebda Bd. 6 Nr. 3. Petruschka ebda Nr. 17. Stubenrauch II S. 602 fg. Füger III S. 47 fg.

[7] Anders nach gem. Recht (Nov. 117 c. 5), indem hienach die Wittwe nur dann, wenn sie mit ihren eigenen Kindern concurrirt, nicht auch beim Zusammentreffen mit Stiefkindern, auf den Nießbrauch ihres Erbtheiles beschränkt ist. Schirmer §. 13 Note 12a. — Vgl. auch Damianitsch im Jurist. Bd. 6 S. 363 fg. über die Concurrenz des überlebenden Ehegatten mit Stiefkindern.

[8] Die Behauptung von Reisky in der G. Z. 1854 Nr. 99. 100, daß unter einem „mit jedem Kinde gleichen Erbtheil" in §. 757 nicht ein Kopftheil (eine Virilportion) zu verstehen und daß daher bei der Berechnung des Erbtheils für den Gatten dieser nicht mitzuzählen sei, ist das Resultat einer ganz ungeschulten Auslegungsweise: sie würde zu dem absurden Resultat führen, daß der Gatte mehr erhielte, wenn er mit drei Kindern, als wenn er mit einem oder zweien concurrirt. Hawelka in der G. Z. 1854 Nr. 113. 114 und Stubenrauch II S. 606 fg. (vgl. auch Füger, Erbr. III S. 52 fg.) haben dieser Behauptung eine ausführlichere Widerlegung zu Theil werden lassen, als sie verdient.

[9] Daß unter „Genuß" in §. 757 der Usus fruktus (Fruchtgenuß, Nutzgenuß §. 509 fg.) nicht der bloße Usus (Gebrauch §. 504 fg.) zu verstehen sei, wie wohl schon auf dem Boden des gem. Rechts behauptet wurde (Schirmer Note 13), ist nicht zu bezweifeln, zugleich aber ein Beweis mehr für die Richtigkeit der Behauptung (Savigny, über den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung 3. Aufl. S. 100. 101, vgl. auch System des österr. Pr R. I §. 67 Note 21), daß es unserem Sprachgebrauch widerspricht, zwischen Gebrauch (Usus) und Nießbrauch (Usus fructus) einen technischen Unterschied zu machen, daher man bloß von unbeschränktem und beschränktem Nutznießungs- oder Gebrauchsrecht sprechen sollte. — Nach früherem österr. Recht (Erbfolgepatent v. 11. Mai 1786 §. 24) war das Genußrecht des überlebenden Gatten auf die Dauer seines Witwenstandes beschränkt; anders schon nach dem westgal. Gesetzb. II §. 557, welches dagegen die Beschränkung des Nießbrauchs auf den vierten Theil des Nachlasses nicht kannte.

[10] Die in germanisirender Tendenz aufgestellte Behauptung Weiske's in Haimerl's Magaz. Bd. 5 S. 170 fg., daß der Gatte die Proprietät seines Erbtheils erlange und nur verpflichtet sei, denselben den Kindern aufzubewahren, steht in Widerspruch mit der klaren Anordnung des §. 757 (vgl. auch Stubenrauch II S. 611 Note **) und ist überdies nur die Wiederholung eines ähnlichen gemeinrechtlichen längst wieder abgethanen Irrthums (vgl. Arndts im R. L. V S. 699 Note 180. Bangerow §. 488 Nr. 4. Schirmer Note 13): heißt es doch auch in der Nov. 117 c. 5 i. f. Si vero plures sunt liberi . . . tantum mulierem accipere jubemus, quantum uni ex liberis competit, ita scilicet, ut in illis rebus mulier solum usumfructum habeat, dominium vero liberis illis servetur, quos ex matrimonio habuit.

[11] Die Annahme einer Singularsuccession in diesem Fall rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß in der gesetzlichen oder letztwilligen Zuwendung eines Nießbrauchs an der ganzen Erbschaft oder einem aliquoten Theil derselben doch immer nur die Berufung zur Nachfolge in ein einzelnes Recht (§. 535), nicht in das gesammte Erbvermögen (in universum jus) liegt. Vgl. unten §. 54. Daher nehmen auch, was Stubenrauch II S. 610 verkennt, die gemeinrechtlichen Schriftsteller bei der Beschränkung der mit ihren eigenen Kindern concurrirenden Witwe auf den Nießbrauch ihres Erbtheils eine Singularsuccession an, und zwar nicht bloß jene, welche der armen Witwe überhaupt ein eigentliches Erbrecht nicht beilegen (wie Bangerow II S. 363), sondern auch solche, welche ihr in allen andern Fällen ein wahres Erbrecht zuschreiben (wie Schirmer §. 13 Note 17), indem sie sich mit Recht dagegen sträuben, ihr

die anomale Stellung eines heres ex re certa einzuräumen, welche das österr. Recht überdies gar nicht kennt. Vgl. auch Heyßler im Jurist. Bd. 2 S. 77 fg. Winiwarter III S. 313. 314. Ellinger zu §. 757. Füger, Erbr. III S. 55 fg. Swoboda in der österr. Viertelj. Bd. 8 S. 132 fg. Die entgegengesetzte Ansicht, wonach der concurrirende Gatte auch im Fall des §. 757 als wahrer Erbe zu behandeln sei (Zlobitzky, über das Intestaterbrecht des überlebenden Ehegatten in Concurrenz mit Kindern, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1845 I Nr. 4. Hüttner §. 135. Rippel V S. 36 fg. Stubenrauch II S. 610 fg., der mit sich selbst S. 148. lit. a. 250 Nr. 4 in Widerspruch ist), klammert sich an die Worte „Erbrecht", „Erbtheil" und „Erbfolge" in den §§. 757. 759. 1258. 1266, und übersieht hierbei, daß die Ausdrücke „Erbfolge" und „Erbrecht" im weiteren Sinn, in welchem auch der Legatar Erbnehmer ist, gleichbedeutend mit Nachfolge und Successionsrecht überhaupt sind (oben §. 2 Anm. 2) und daß das Wort „Erbtheil" nur einen (aliquoten oder aliquanten) Theil des Erbvermögens bezeichnet, ohne daß damit schon über die Natur des jemand auf einen solchen Theil eingeräumten Rechts irgend etwas bestimmt wäre. Und kann man denn von dem Gatten, der nur den Nießbrauch an einem Theil des Erbvermögens erhält, irgendwie sagen, daß er den Erblasser repräsentire (§. 547)?

[12] Hiermit erledigt sich auch die Streitfrage über die Verwirklichung des dem Ehegatten zustehenden Rechts (Winiwarter III S. 314. Rippel V S. 37. 38. Stubenrauch II S. 612 Nr. 8): die Erben können dem Gatten den betreffenden Theil der Erbschaft in natura oder den demselben schätzungsgemäß entsprechenden Geldbetrag (§. 510) zum Fruchtgenuß gewähren. L. 32 §. 8. 9 D. de usufr. leg. 32. 2; vgl. unten §. 71 Anm. 4.

[13] Eine Ausnahme findet kraft des §. 1258 (vgl. Hfdkrt v. 25. Juli 1806) statt, indem der Gatte, dem das sog. Advitalitätsrecht eingeräumt ist, nur die Wahl zwischen diesem und dem gesetzlichen Successionsrecht hat. — Die öfter aufgestellte Behauptung (Hüttner §. 126. Rippel V S. 43. 44. Winiwarter III S. 315. Stubenrauch II S. 614 lit. d.), daß bei einer zwischen den Gatten bestandenen Gütergemeinschaft der überlebende Gatte sich in den gesetzlichen Erbtheil einrechnen lassen müsse, was etwa in der ihm bei der Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens zufallenden Vermögenshälfte (§. 1234) aus dem Vermögen des verstorbenen Gatten herrührend enthalten ist, beruht auf einer gänzlichen Verkennung des Wesens der Gütergemeinschaft.

[14] Die Behauptung von Damianitsch im Jurist. Bd. 6 S. 444 fg., daß auch in diesem Fall die Vorschrift des §. 793 anzuwenden sei, ist ganz unhaltbar, da die Anordnung dieses Paragraphen naturgemäß nur von Zuwendungen, die bei Lebzeiten des Erblassers gemacht worden sind (vgl. §. 790), verstanden werden kann und sich überdies nur auf die Anrechnung (Collation) unter miteinander erbenden Kindern bezieht; vgl. auch Stubenrauch II S. 615 Nr. 4. Füger III S. 62 fg. Die Frage, wie die Einrechnung zu geschehen habe, wenn Eigenthum und Fruchtgenuß zusammentreffen, ist wohl dahin zu lösen, daß bei der Zuwendung einer Sache oder Summe im Fall des §. 757 die im Gegensatz zu einem Prälegat stattfindende Einrechnung nach §. 758 in den „Erbtheil" selbst zu geschehen hat, so daß also der Ehegatte an dem nach Abzug jener Summe verbleibenden Erbtheil die Nutz-

nießung hat, und daß im umgekehrten Fall, wenn dem nach §. 758 erbenden Gatten ein Uſusfruktus legirt wurde, ihm nach Analogie des §. 1258 (vgl. Zeiller III S. 644. 645) nur ein Wahlrecht zuſteht. Verſchiedene Anſichten hierüber bei Hüttner §. 130. Rippel V S. 46. 47. Winiwarter III S. 316. 217. Stubenrauch II S. 615. 616. Füger, Erbr. III S. 65 fg.

III. Erwerb der Erbſchaft.

1. Erwerb des Erbfolgerechts[1].

a) Antretung der Erbſchaft.

§. 36.

Die Erwerbung der Erbſchaft iſt durchwegs in den Willen des Berufenen geſtellt: man wird nur mit ſeinem Willen Erbe (ſog. (heredes voluntarii). Die Erklärung des Willens, die angebotene Erbfolge anzunehmen, ſomit Erbe zu ſein, heißt Erbserklärung oder mit einem von der objektiven Seite des Verhältniſſes hergenommenen Ausdruck Antretung[2] (Annahme) der Erbſchaft (§. 799. 800).

Zur Erwerbung der Erbſchaft iſt die Fähigkeit erforderlich, ſich durch Rechtsgeſchäfte zu verpflichten (§. 805). Daher kann ein Kind[a] oder ein Wahnſinniger[b] die Erbſchaft gar nicht antreten, ein Minderjähriger, der über die Jahre der Kindheit hinaus iſt[c] und ein gerichtlich erklärter Verſchwender[d] nur mit Zuſtimmung des Vaters oder Vormunds (§. 152. 244. 865)[e]. Die Erbſchaft kann auch durch Stellvertreter erworben werden, ſowohl durch freiwillige[3] als durch geſetzliche; insbeſondere kann für Pflegbefohlene, auch für Wahnſinnige[4], deren Vater[f] oder Vormund[g] (§. 233. 282), für Abweſende[5] und für Verſchollene[6] deren Curator, für juriſtiſche Perſonen ihr Vertreter[h], für den Gemeinſchuldner der Maſſeverwalter unter Zuſtimmung des Gläubigerausſchuſſes (Hfdkrt v. 8. Mai 1835, Anhang Nr. 62)[7] die Erbſchaft antreten.

Die Antretung der Erbſchaft ſetzt in der Regel die bereits er-

[a] L. 9 Dig. de adquirenda vel omittenda hereditate 29. 2. L. 5 Cod. de jure delib. 6. 30. [b] L. 63 D. h. t. 29. 2. [c] L. 8 pr. L. 9. 49 D. h. t. L. 9 §. 3 D. de auct. tut. 26. 8. L. 18 §. 4 C. cit. 6. 30. [d] L. 5 §. 1 D. h. t. [e] System II §. 76 Note 31. [f] L. 18 pr. §. 4 C. cit. [g] L. 18 §. 2. 4 C. cit. cf. L. 11 D. de auct. tut. 26. 8. L. 7 §. 1 L. 11 D. de B. P. 37. 1. L. 3. 7 C. qui admitt. 6. 9. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 76. 120. [h] L. 3 §. 4 D. cit. 37. 1. cf. L. 1 §. 2 D. de off. proc. 1. 19.

folgte Delation (§. 703)[i] und die Kenntniß derselben[k] sowie des bestimmten Delationsgrundes voraus[l] (§. 799)[8]; doch kann der eventuell oder künftig Berufene nach Eröffnung der Erbfolge auch schon im vorhinein die Erbschaft rechtswirksam antreten für den Fall der späteren Delation in Folge des Wegfalls der Näherberufenen oder der Erfüllung der Bedingung sowie im Fall betagter Erbeinsetzung[9]. Ist ein Erbe auf mehrere gesonderte Erbtheile eingesetzt, so erwirbt er durch Annahme des einen Erbtheils nicht schon sofort und von selbst die übrigen, sondern muß jeden derselben besonders antreten: soviel Erbtheile soviel Erbantretungen[10].

Die Erbantretung, welche weder an eine Zeitbestimmung noch an eine Bedingung geknüpft werden darf[m], kann sowohl durch gerichtliche als durch außergerichtliche Willenserklärung geschehen, welche letztere ausdrücklich[n] oder stillschweigend[o] gemacht werden kann. Die Gerichtlichkeit der Erbserklärung (§. 799)[11] ist an sich nicht zum Erwerb des Erbfolgerechts, sondern nur zum Erwerb des Erbschaftsbesitzes erforderlich, indem der Berufene den Nachlaß aus der Hand des Abhandlungsrichters zu empfangen hat (§. 797) und diesem daher seinen Willen Erbe zu sein erklären muß[12].

Für die Antretung der Erbschaft ist eine bestimmte Frist vom Gesetz nicht vorgeschrieben[13]. Der Berufene kann auch nicht durch andere betheiligte Personen, namentlich nicht durch nachberufene Erben, zur Abgabe der Erklärung, ob er die angetretene Erbschaft annehme oder ablehne, binnen einer bestimmten Überlegungsfrist mit der Wirkung gedrängt werden, daß er nach Ablauf dieser Entscheidungsfrist als Erbe oder Nichterbe behandelt würde[14]. Dagegen hat das Abhandlungsgericht dem berufenen Erben zur Abgabe der Erklärung, ob er die Erbschaft annehme oder nicht, eine bestimmte Frist zu setzen (Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 115. 116. 120), welche auf Verlangen des Delaten bis auf ein Jahr erstreckt werden kann[15] (§. 118. 119 ebda); nach unbenütztem Ablauf dieser Erklärungsfrist ist der Berufene jedoch nicht von seinem Erbrecht, sondern nur von

[i] L. 3. 21 §. 2 D. h. t. L. 25 §. 6 L. 27. 69 eod. L. 12 C. h. t. 6. 30. [k] L. 13 §. 1 L. 19. 32 pr. §. 1 L. 34 §. 1 D. h. t. L. 21 D. de cond. et dem. 35. 1. §. 7 I. de her. qual. 2. 19. [l] L. 22. 93 pr. D. h. t. L. 34 pr. L. 51 pr. D. eod. [m] L. 51 §. 2 D. h. t. L. 77 D. de R. J. System II §. 82 Note 116. §. 83 Note 37. [n] §. 7 I. de her. qual. 2. 19. L. 6 C. h. t. 6. 30. [o] §. 7 I. cit. L. 20. 21 pr. §. 1 L. 22. 24. 40. 86 §. 2 L. 88 D. h. t.

der Berückſichtigung ſeiner Erbanſprüche bei der Verlaſſenſchaftsabhandlung, ſomit nur von der angebotenen gerichtlichen Einſetzung in den Nachlaß ausgeſchloſſen, welche nunmehr den ſich meldenden nachberufenen Erben zu Theil wird (§. 120. 128. 130 ebda)[16].

Die geſchehene Erbantretung iſt unwiderruflich (§. 806)[p], mag ſie gleich durch Irrthum[q], Betrug[r] oder Zwang[s] veranlaßt worden ſein (vgl. §. 1450)[t].

Die durch die Delation begründete rechtliche Möglichkeit die Erbſchaft zu erwerben, das Erbrecht in dieſem Sinn[u], geht, wenn nicht ein ausdrücklich erklärter Wille des Erblaſſers entgegenſteht, auf die Erben des Berufenen über, falls dieſer vor Erklärung ſeines Willens, die Erbſchaft anzunehmen oder abzulehnen, verſtirbt (§. 537, 809)[17]; doch ſchließt eine angeordnete Subſtitution in der Regel die Transmiſſion aus (§. 809)[18].

Anm. [1] Köppen, zur Lehre vom Erwerb der Erbſchaft und des Vermächtniſſes, in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 Nr. 4. Northoff, Erörterungen aus dem röm. Erbrecht, ebda Bd. 6 Nr. 4. Gegen Northoff wieder Köppen, ebda Nr. 7 und gegen dieſen wieder Northoff in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 21 Nr. 4.

[2] „Unſer heutiges Antreten iſt wohl urſprünglich mehr gemeint von liegender Habe; früher findet ſich auch, mit Perſonifikation der Erbſchaft: das Erbe tritt an das Kind.“ Grimm R. A. S. 479.

[3] Die Zuläſſigkeit des Erbſchaftserwerbs durch freiwillige Stellvertreter iſt nach öſterr. Recht außer allem Zweifel (§. 1008; Syſtem II §. 90 Note 36); im gem. Recht iſt dieſe Frage ſehr ſtreitig. Arndts §. 508 Anm. 2. Sächſ. Geſetzb. §. 2250.

[4] Nach röm. Recht findet für Wahnſinnige nur ein proviſoriſcher Erbſchaftserwerb durch den Curator ſtatt (L. 7 C. de cur. fur. 5. 70. Mühlenbruch Bd. 42 S. 445 fg. Arndts §. 538), nach öſterr. Recht ein definitiver, was gewiß nur zu billigen iſt. Mühlenbruch S. 462.

[5] §§. 269. 270. 276. 282 a. b. G. B. §. 77 Nr. 2 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Die definitive Erbſchaftserwerbung durch den curator absentis, welche ſich aus der in Deutſchland hergebrachten Gleichſtellung dieſer Curatel mit der cura minorum erklärt (Kraut, Vormundſch. II S. 246. 261 fg. Gerber, Syſtem §. 247 a. E.), iſt doch wohl nicht zu billigen: Unger, die Verl. Abh. S. 127 Note 11. Vgl. auch Hfdkrt v. 4. Nov. 1846 (Syſtem I §. 27 Note 49).

[p] §. 5 I. de her. qual. 2. 19. [q] cf. L. 8 pr. D. h. t. §. 6 I. cit. 2. 19. Syſtem II §. 77 Note 20. [r] L. 40 D. de dol. mal. 4. 3. [s] cf. L. 21 §. 5 D. quod. met. 4. 2. L. 85 D. h. t. 29. 2. [t] Syſtem II §. 134 Note 19. [u] Vgl. oben §. 6 Anm. 2.

[6] Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 131. Über die definitive Erwerbung der Erbschaft für einen Verschollenen durch den Curator und das Schwanken der Gesetzgebung in Ansehung ihrer Zulässigkeit vgl. System I §. 27 Note 42. 49. Die Zulassung derselben beruht einerseits auf der Behandlung der Vormünder von Verschollenen wie Curatoren eines Minderjährigen (Kraut, Vormundsch. II S. 253 fg. 261 fg. Gerber, System §. 247. Bruns S. 172 fg. 196 fg.), andererseits auf der Präsumtion der Fortdauer des Lebens des Verschollenen bis zur erfolgten Todeserklärung (System I S. 244 fg.). Diese letztere Präsumtion, der es sicher an aller inneren Berechtigung und Nothwendigkeit fehlt, hat zwar in neuester Zeit an Bruns in den Jahrb. f. gem. Recht Bd. 1 Nr. 5 S. 140 fg. 152 fg. 168 fg. 193 fg. einen gewichtigen Vertheidiger gefunden (vgl. auch Arndts, Pand. §. 26. Windscheid, Pand. §. 53): allein mit Recht hat schon Gerber, System 7. Aufl. §. 34 Note 4 dagegen eingewendet, daß „es sich hier um einen Stoff handle, der sich in der Dogmatik der letzten zwei Jahrhunderte nicht in soweit fixirt habe, daß jede erneute Prüfung der inneren Rationalität und Berechtigung der einzelnen Sätze ausgeschlossen werde." Vgl. auch westgal. Gesetzb. II §. 624: vor erfolgter Todeserklärung findet eine interimistische Verwaltung der dem Verschollenen angefallenen Erbschaft statt; nach erfolgter Todeserklärung „geht die Verlassenschaftsabhandlung so für sich, als wenn der Erbe zur Zeit des Erbanfalls todt gewesen wäre." Vgl. ferner Seuffert's Arch. XV Nr. 200.

[7] Concursordn. v. 25. Dez. 1868 §. 4. Anders nach gem. Recht: Arndts §. 508 Anm. 3 a. E. Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsfälle Bd. 3 Nr. 43. Vgl. auch Pratobevera, Mater. Bd. 8 S. 452 fg. Es versteht sich von selbst, daß Gläubigern eines Erben, über dessen Vermögen der Concurs noch nicht eröffnet wurde, dieses Recht nicht zusteht. L. 6 §. 2 D. quae in fraud. 42. 8. L. 134 pr. D. de R. J. L. 1 C. de revoc. his 7. 75. Pratobevera S. 457. Staudinger in der Ztschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 I Nr. 10. Kitka ebda 1847 II Nr. 40. System II §. 94 Note 7.

[8] Über einige andere Punkte, welche für das österr. Recht von minder erheblicher Bedeutung sind, vgl. Mühlenbruch S. 414 fg. Arndts im R. L. IV S. 14 fg. Pandekt. §. 507. Vangerow §. 498 Anm. 1. Köppen S. 137 fg. Northaff S. 205 fg.

[9] So kann ohne Zweifel der Vulgarsubstitut während der Deliberation des Instituten, der bedingt Instituirte schon vor Eintritt der Bedingung, der Intestaterbe während der Überlegung des Testamentserben und der entferntere Intestaterbe schon vor der Erklärung des näheren sich vor dem Abhandlungsgericht erbserklären (cf. L. 9 C. qui admitt. ad b. p. 6. 9. Leist, die B. P. II 2 S. 128 fg.); und auch darüber kann kein Zweifel sein, daß der Späterberufene, der im Fall des Schweigens des Näherberufenen in den Nachlaß eingesetzt wurde (Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 120. 128) und ebenso der bedingt Instituirte an seine frühere Erbserklärung gebunden bleibt (§. 806), wenn jener späterhin die Erbschaft ablehnt oder die Bedingung hinterher in Erfüllung geht. Ebenso kann der bedingt Eingesetzte oder fideicommissarisch Substituirte, der während der Verlassenschaftsabhandlung sich nicht gemeldet hat, dem immittirten Erben außergerichtlich erklären, daß er das Erbrecht

für den Fall der Erfüllung der Bedingung reſp. für den Eintritt des Reſtitutionsfalls annehme, und Sicherſtellung wegen ſeines künftigen Rechts verlangen. Prinzipiell anders verhält es ſich in dieſer Hinſicht nach R. R. L. 30 §. 1 L. 69. 70 D. de A. v. O. H. 29. 2. Vgl. unten §. 37 Anm. 2.

[10] Anders nach röm. Recht, wonach ex pluribus causis una aditio sufficit (semel adeundum): L. 76 pr. D. h. t. L. 80 §. 1 L. 81 eod. L. 59 §. 5 D. de her. instit. 28. 5. Vgl. §. 37 Anm. 4.

[11] Über Inhalt und Form der gerichtlichen Erbserklärung: §. 799. 800 a. b. G. B. §. 115 fg. 121 fg. Geſ. v. 9. Aug. 1854.

[12] Während nach röm. Recht zur Erlangung der prätoriſchen Erbfolge eine Erklärung vor Gericht (Agnition der bonorum possessio) innerhalb gewiſſer Friſt erforderlich war, iſt eine ſolche nach öſterr. Recht nur zur Erlangung des Erbſchaftsbeſitzes, zum Zweck des gerichtlichen Einſatzes in den Nachlaß erforderlich, welche aber natürlich die Erklärung Erbe ſein zu wollen ebenſo in ſich ſchließt, wie die Agnition der Bonorum Possessio die Antretung der Erbſchaft jure civili. L. 12 C. h. t. 6. 30. Dieſes Verhältniß wird in der Regel verkannt (Unger, die Verl. Abh. S. 119 Note 5), indem man umgekehrt zu behaupten pflegt, daß es nach öſterr. Recht nur eine gerichtliche Erbantretung und insbeſondere keine ſtillſchweigende Erbserklärung gebe (Zeiller II S. 834. 835. Stubenrauch II S. 768). Sollte aber der Erbe, der vor dem Abhandlungsgericht ſein Erbrecht nicht geltend gemacht hat, nicht etwa hinterher durch ausdrückliche oder ſtillſchweigende Willenserklärung die ihm deferirte Erbſchaft antreten können? Insbeſondere iſt es außer allem Zweifel, daß der Erbe, welcher gegen den gerichtlich eingeſetzten Erben mit der Erbſchaftsklage auftritt (§. 823), nicht etwa noch einer beſonderen gerichtlichen Erbserklärung bedarf, wie man wohl früher zum Theil mit den ſonderbarſten Wendungen behauptet hat (Prockner im Juriſt. Bd. 13 S. 247 fg. Schieſtl in der Zeitſchr. für öſterr. Rechtsgelehrſ. 1846 I S. 129 fg. II S. 227 fg.), da in der Anſtellung der Erbſchaftsklage der Wille Erbe zu ſein deutlich genug ausgeſprochen und die Gerichtlichkeit der Erbserklärung eben nur erforderlich iſt, um den Nachlaß aus der Hand des Abhandlungsrichters zu empfangen. Vgl. §. 180 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Stubenrauch II S. 823. 824, der jedoch aus der richtigen Anſicht unrichtige Conſequenzen ableitet. Vgl. unten §. 42 Anm. 4. §. 52 Anm. 8. Unrichtig drückt ſich Winiwarter III S. 449 aus, indem er behauptet, daß der Anſtellung der Erbſchaftsklage „keine Erbſchaftsantretung (?) vorausgehen könne, weil dieſe (?) überhaupt nicht mehr ſtattfinde, wenn die Erbſchaft einmal eingeantwortet iſt.“

[13] Vgl. Vangerow II §. 499. Natürlich kann der Erblaſſer die Antretung binnen einer beſtimmten Friſt (oder in beſtimmten Formen) zur Bedingung der Erbeinſetzung machen. L. 72 D. h. t. 29. 2. Sächſ. Geſetzb. §. 2264.

[14] Unter dem Mangel einer ſolchen Deliberationsfriſt, wie ſie das gem. Recht kennt (Arndts §. 509. Keller §. 533; vgl. jedoch auch Mühlenbruch Bd. 41 S. 391 fg.), leiden nicht ſo ſehr Gläubiger und Legatare (arg. §. 811. 726) als vielmehr nachberufene Erben und insbeſondere die Subſtituten. Unger, die Verl. Abh. S. 127 fg. Vgl. oben §. 19 Anm. 8 und ſächſ. Geſetzb. §. 2266. Mit Recht bemerkt Leiſt, die B. P. II 2 S. 459. 460: „Es bedarf in einem gutgeordneten poſi-

tiven Rechte der Vorkehrungen, daß dem berufenen Erben gegenüber das Interesse aller der anderen Personen gesichert werde, welche bei dem Erbfalle noch außerdem in Betracht kommen, und daß namentlich diese Personen durch die Hinzögerung der Erbantretung nicht zu lange hingehalten werden." Vgl. jedoch auch Bruns S. 121. 122. Nach vorjustin. Recht (L. 22 §. 14 C. cit. 6. 30) war allerdings die Deliberationsfrist nur im Interesse der Gläubiger gesetzt worden. L. 69. 70 D. h. t. 29. 2. L. 23 §. 2. 3 D. de her. inst. 28. 5. cf. L. 1 pr. D. de cur. bon. 42. 7. Leist, die B. P. II 1 S. 320 fg. 2 S. 460 Note 5. Bruns S. 118 fg.

[15] Diese Frist ist jedenfalls zu lang: vgl. §. 42 Anm. 3. Unger, die Verl. Abh. S. 127 Note 10.

[16] Es tritt also nur Präclusion von der Verlassenschaftsabhandlung, nicht Präclusion vom Erbrecht ein. Das Verhältniß ist ungefähr dasselbe wie bei der Versäumung der Frist zur Agnition der Bonorum Possessio, wodurch auch nur die Delation dieser aufgehoben (Ulp. XXVIII §. 11. §. 5 I. de B. P. 3. 9. L. 1 §. 8. 10 D. de succ. edict. 38. 9), nicht das Erbrecht selbst benommen wird (sed et remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili §. 1 I. cit.). Über die Unterscheidung zwischen Erklärungsfrist (Agnitionsfrist) und Entscheidungsfrist (Deliberationsfrist) und über die Schicksale dieser Fristen in Österreich vgl. Unger, die Verl. Abh. S. 121...129.

[17] Nach österr. Recht gilt abweichend vom röm. Recht (L. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51. L. 7 C. de jur. delib. 6. 30. L. 3 §. 7 D. de B. P. 37. 1. L. 4 C. qui admitt. 6. 9) die Regel: hereditas nondum adita transmittitur ad heredes, was nur zu billigen ist. Vgl. auch Runde, patriotische Phantasien 1836 Nr. 20, der jedoch zur Beseitigung der gemeinrechtlichen Übelstände den Grundsatz des preuß. Rechts empfiehlt, daß jede Erbschaft ipso jure erworben werde, ein Grundsatz, dessen praktische Zweckmäßigkeit jedoch noch sehr fraglich ist. — Die Berufung auf §. 551 zur Begründung des Satzes, daß die Transmission (Versendung) durch Ausschlagung des Delaten ausgeschlossen werde (Stubenrauch II S. 779), ist ebenso unpassend als überflüssig (vgl. Stubenrauch selbst II S. 785. 252). — Hat der berufene Erbe mehrere Erben zurückgelassen, so transmittirt er auf sie sein Recht zur Erbfolge doch wohl pro parte, nach Verhältniß ihrer Erbtheile (vgl. §. 62 Anm. 5): die entgegengesetzte Entscheidung würde bei ungleichen Erbquoten der Transmissare zu widernatürlichen Resultaten führen. — Der Transmissar muß natürlich die Erbschaft des Berufenen angetreten haben, um das transmittirte Erbfolgerecht ausüben zu können. Vgl. Turnes in der G. Z. 1862, Nr. 140. — Eine Übertragung des Erwerbrechts unter Lebenden mit der Wirkung, daß nicht der Delat selbst Erbe würde, ist unmöglich; cf. L. 4 §. 28 D. de dol. exc. 44. 4 und §. 1282. Mühlenbruch Bd. 43 S. 144. Scheurl, Beitr. I S. 100. Arndts §. 512 Anm. 2. Brinz §. 195 Nr. I gegen Puchta §. 503 und Köppen, die Erbschaft §. 20, der jedoch in der angef. Abhandlung S. 175 fg. seine frühere Ansicht geändert hat.

[18] Anders nach röm. Recht, indem die Transmission in der Regel der Substitution vorgeht. Arndts §. 512. Mühlenbruch Bd. 43 S. 237. 238. Es handelt

ſich hiebei nur um die Interpretation des Willens des Erblaſſers, und da iſt bei der Allgemeinheit des Transmiſſionsrechts der Anordnung des §. 809 der Vorzug zu geben, wonach die Subſtitution als nur von der Nichterwerbung durch den Inſtituirten ſelbſt abhängig angeſehen wird. Vgl. oben §. 19 Anm. 7. Mühlenbruch S. 239. 240.

b) Ablehnung der Erbſchaft.

§. 37.

Wer fähig iſt die Erbſchaft anzutreten, kann ſie auch ausſchlagen (§. 805)[a]; der Vormund bedarf hiezu der Einwilligung der Obervormundſchaft[b] (§. 233), der Bevollmächtigte einer Spezialvollmacht (§. 1008). Die Repudiation der Erbſchaft, welche unwiderruflich iſt (arg. §. 806. 1450)[c], kann gleich der Antretung ſowohl durch gerichtliche[d] als durch außergerichtliche[1] Willenserklärung geſchehen.

Die Ausſchlagung der Erbſchaft ſetzt die bereits erfolgte Delation des Erbrechts nicht nothwendig voraus: der Erbe kann nach dem Tode des Erblaſſers[e] auch ſeinem eventuellen und künftigen Erbrecht ſofort rechtswirkſam entſagen[2]. Die Ausſchlagung, welche Kenntniß der erfolgten oder bevorſtehenden Delation ſowie des beſtimmten Delationsgrundes vorausgeſetzt[3], muß zwar gleich der Antretung unbedingt geſchehen[f], kann ſich aber auch nur auf einen von mehreren deferirten Erbtheilen allein beziehen: der zu mehreren vom Erblaſſer beſtimmten Erbportionen berufene Erbe mag den einen Erbtheil annehmen und den anderen ablehnen[4]; ebenſo kann der inſtituirte Erbe, welcher die direkte Berufung angenommen hat, immer noch den Erbtheil, zu welchem er als Subſtitut berufen iſt, ausſchlagen[5].

Die Ausſchlagung der Erbſchaft aus einem beſtimmten Delationsgrund hindert die Antretung derſelben aus einem andern Berufungsgrund nicht[g]. Der Teſtamentserbe kann jedoch die Erbſchaft

[a] L. 18. 4 D. de A. vel O. H. 29. 2. L. 5 C. de repud. v. abstin. hered. 6. 31. [b] cf. L. 8 D. de B. P. 37. 1. L. 11 D. de auct. tut. 26. 8. Vgl. §. 120 Geſ. v. 9 Aug. 1854. [c] L. 4 C. h. t. 6. 31. §. 7 I. de hered. qual. 2. 19. cf. L. 13 pr. D. h. t. 29. 2. L. 1 §. 6 D. de success. edict. 38. 9. L. 1 C. de rep. h. p. 6. 19. — cf. L 9 §. 1 D. de dolo mal. 4. 3. L. 7 C. eod. 2. 21. Syſtem II §. 134 Note 19. — Samml. Nr. 350. [d] § 116 Geſ. v. 9. Aug. 1854. [e] L. 94 D. h. t. 29. 2. [f] cf. L. 51 §. 2 D. h. t. Syſtem II §. 82 Note 116. [g] L. 17 §. 1 L. 70 pr. L. 77 D. h. t.

nicht als gesetzlicher Erbe erwerben, wenn er die testamentarische Berufung in der Absicht, letztwillige Anordnungen zu vereiteln, abgelehnt hat (§. 808)[6]; wohl aber mag der Testamentserbe, der zugleich Notherbe ist, die Erbschaft mit Vorbehalt seines Pflichttheilsrechts ausschlagen (§. 808).

Anm. [1] Die außergerichtliche Repudiation kann sowohl durch ausdrückliche als durch stillschweigende Willenserklärung geschehen. L. 95 D. h. t. 29. 2. Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis judicio voluntatis. Mühlenbruch Bd. 43 S. 108. 109. In der Unterlassung der vom Abhandlungsgericht geforderten Erbserklärung liegt nur eine Verschmähung des angebotenen gerichtlichen Einsatzes, nicht eine Repudiation des Erbrechts selbst. §. 120. 128 Ges. v. 9. Aug. 1854.

[2] So kann der Substitut noch vor dem Instituten, der bedingt eingesetzte Erbe schon vor Eintritt der Bedingung, der nächste Intestaterbe schon während der Deliberation des Testamentserben seinem eventuellen Erbrecht rechtswirksam entsagen. Es ist auch gar nicht zu bezweifeln, daß nach österr. Recht in der Erklärung vor dem Abhandlungsgericht, die Erbschaft nicht haben zu wollen, nicht bloß eine Ablehnung des angebotenen Erbschaftsbesitzes, sondern eine Repudiation des wenngleich erst später definitiv anfallenden Erbrechts selbst liegt. Anders verhält es sich in dieser Beziehung nach R. R. L. 13 pr. §. 2 L. 17. §. 1 L. 70 pr. D h. t. Die entgegengesetzte Annahme rechtfertigt sich für das österr. Recht durch die Erwägung, daß auch eine im voraus geschehene Antretung der eventuell deferirten Erbschaft zulässig ist und daß man überhaupt etwas ausschlagen kann, was einem bereits wenngleich nur eventuell angeboten ist resp. daß man im vorhinein erklären kann, etwas im Fall späterer Anbietung nicht annehmen zu wollen (cf. L. 70 §. 1 D. cit. 29. 2. L. 1 pr. D. de cur. bon. 42. 7). Dagegen dürfte man sich zur Unterstützung dieser Behauptung nicht etwa auf die Zulässigkeit von Erbverzichten nach österr. Recht (§. 551) berufen, da in dem Erbverzicht, der bei Lebzeiten des Erblassers stattfindet, ein Verzicht auf die Delation des Erbrechts selbst liegt, in der Repudiation der Erbschaft dagegen, welche erst nach dem Tode des Erblassers möglich ist, ein Verzicht auf den Erwerb des bereits (unbedingt oder eventuell) deferirten Erbrechts enthalten ist. System II §. 94 Note 30.

[3] Ohne diese Kenntniß fehlt es wie dem Erwerbswillen so dem Verzichtswillen an der erforderlichen Bestimmtheit: der Repudiant muß wissen, daß und worauf er verzichte. L. 76 D. de R. J. In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt. L. 23 D. h. t. In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de jure suo is, qui repudiat. L. 13 §. 1 L. 15. 16. 17. 77 D. h. t. Über L. 97 D. eod. (cf. L. 19 de inoff. test. 5. 2) vgl. Mühlenbruch Bd. 43 S. 110. Puchta, Vorles. II S. 427. Francke im civ. Arch. Bd. 19 S. 202 fg. Bähr, die Anerkennung S. 196. 197.

[4] Anders nach R. R. L. 2 D. h. t. . . . . si quis in pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare,

quasdam agnoscere. L. 53. 55. 80 pr. §. 1 D. eod. Diese Verschiedenheit erklärt sich daraus, daß die Bestimmungen des R. R. auf dem im österr. Recht nicht geltenden Grundprinzip beruhen: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, wonach der repudiirte Erbtheil schließlich doch wieder dem theilweise antretenden Erben zufallen würde (cf. L. 52 §. 1 D. h. t.) und auch der Theilerbe immer zur ganzen Erbschaft berufen ist (cf. L. 33 D. de her. inst. 28. 5). Dagegen kann auch nach österr. Recht (L. 1. 10. 75 D. h. t.) der zur ganzen Erbschaft oder einem bestimmten Erbtheil Berufene nicht etwa das ihm Zugedachte nur zum Theil annehmen und zum Theil ausschlagen: dort macht der Erblasser die Erbtheile, hier würde sie der Erbe wider den Willen des Erblassers machen.

[5] Anders nach R. R. L. 35 pr. L. 76 pr. §. 1 D. h. t. Arndts, Pandekt. §. 517. Fuchs, über Erwerbung mehrerer Erbportionen, im civ. Arch. Bd. 39. Nr. 10. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2262. 2263 und oben §. 19 Anm. 11.

[6] Diese Bestimmung des §. 808 (westgal. Gesetzb. II §. 609), welche offenbar mit der Vorschrift des R. R.: Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem Dig. 29. 4 (Mühlenbruch Bd. 43 S. 449 fg. Arndts, Pand §. 553. Bangerow II §. 539 Anm. 2) in Verwandtschaft steht, hat theils wegen der Vorschriften des österr. Rechts über das testamentum destitutum (§. 726: oben §. 25 Anm. 2), theils wegen der eventuellen indirekten Ausschließung des unter einer Suspensivbedingung zum Testamentserben eingesetzten Intestaterben von der gesetzlichen Erbfolge (oben §. 30 Anm. 4) nur eine ganz untergeordnete und ziemlich unpraktische Bedeutung: etwa für die Fälle, daß dem eingesetzten Erben rein persönliche Auflagen gemacht sind (§. 563. 606), oder daß eine ihm gehörige Sache vermacht wurde (§. 662), oder daß ein Anderer zum Miterben unter der Bedingung eingesetzt wurde, daß der Instituirte aus dem Testament Erbe werde (vgl. dagegen L. 22 pr. §. 1 D. cit. 29. 4), oder daß der Intestaterbe selbst unter einer Bedingung eingesetzt wurde, ohne hiedurch von der eventuell eintretenden Intestaterbfolge ausgeschlossen zu sein (vgl. dagegen L 1 §. 8 L. 8 D. h. t. 29 4). Unrichtig Zeiller II S. 847 Nr. 3.

[7] Zu der Ausschlagung der Erbschaft kann sich der eventuelle Erbe vor der Delation der Erbschaft durch obligatorischen Vertrag verbindlich machen (sog. pactum de repudianda hereditate): ein solcher Vertrag wird aber in der Regel unter das Verbot des §. 879 Nr. 4 fallen. System II §. 94 Note 43.

[8] Neben der Ausschlagung (Repudiation) der Erbschaft kann auch eine Auslassung (Omission) derselben vorkommen (System II §. 94 Note 30. Puchta, Vorles. II S. 426. Brinz §. 194): nach österr. Recht jedoch nur in dem Fall, wenn der Erbe unter der Bedingung, die Erbschaft binnen einer gewissen Zeit oder in gewisser Form anzutreten, instituirt oder wenn eine Vulgarsubstitution angeordnet ist (§. 809).

2. Umfang des Erwerbs. Anwachsungsrecht[1].

§. 38.

Der Umfang des Erbschaftserwerbs wird durch den Umfang der Berufung zur Erbfolge bestimmt: soweit diese reicht, soweit vermag jene sich zu erstrecken. Bei gewillkürter Erbfolge wird der Umfang der Berufung lediglich durch den Willen des Erblassers bestimmt[2]. Sind mehrere Erben ungetheilt oder unter dem allgemeinen Ausdrucke gleicher Theilung[a] zu der ganzen Erbschaft oder zu derselben Erbquote[b] berufen, so wächst der erledigte Erbtheil[3] sammt seinen Lasten[c] den übrigen Erben (§. 560. 563) von selbst und unabweislich[d] zu[4], und zwar zunächst denjenigen, welche auch dem Ausdrucke nach miteinander verbunden sind[5]. Hat dagegen der Erblasser einen Erben auf einen bestimmten Theil der Erbschaft eingesetzt, so kann dieser in keinem Fall mehr als die ihm zugewiesene Erbportion erhalten: sind daher zu den übrigen Theilen der Erbschaft nicht andere Erben berufen, so fallen diese den gesetzlichen Erben zu (§. 554. 556. 727. 728)[e], und erwirbt einer der miternannten Erben seinen Antheil nicht, so wächst derselbe nicht dem auf einen bestimmten Erbtheil beschränkten Erben zu, sondern gelangt sammt seinen Lasten entweder an die unbeschränkt eingesetzten Erben oder im Fall der Ermangelung oder Ablehnung derselben an die gesetzlichen Erben (§. 561...563)[f]. Auch unter gesetzlichen Erben findet das Anwachsungsrecht in gleicher Weise (§. 563)[g] und mit gleicher Nothwendigkeit[h] statt[6], und zwar haben zunächst die zu demselben Stamm oder zu derselben Stammgruppe Gehörigen vor anderen den Vorzug[i].

Anm. [1] Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben nach R. R. 1829. Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrecht und bei Legaten und Fideicommissen. 1835. Witte im R. L. I S. 270 fg. Mühlenbruch Bd. 43 S. 243...367. Bangerow II §. 493...496. Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 8 Nr. 1. Vgl. auch Köppen in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 175 fg.

[a] cf. L. 66 D. de her. inst. 28. 5. Westgal. Gesetzb. II §. 352. Vgl. unten §. 63 Anm. 3. [b] L. 142 D. de V. S. L. 15 pr. L. 20 §. 2 L. 59 §. 2 D. de her. inst. 28. 5. [c] L. un. §. 9. 10 C. de cad. toll. 6. 51. [d] L. un. §. 10 cit. L. 31 35 pr. L. 53 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 2 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 59 §. 7 D. de inst. her. 28. 5. [e] cf. L. 6 D. de test. mil. 29. 1. L. 2 C. eod. 6. 21 §. 5 i. f. I. de her. inst. 2. 14. [f] cf. L. 37 D. de test. mil. 29. 1. L. 1 C. eod. 6. 21. L. 19 §. 2 D. de castr. pec. 49. 17. Fragm. Vatic. §. 84. [g] L. 61 §. 1 D. de leg. II. L. un. §. 14 C. cit. 6. 51. [h] L. 9 D. de suis 38. 16. [i] Oben §. 33. 34.

[2] Während nach röm. Recht die Anwachsung unter Miterben in der Regel auf juristischer Nothwendigkeit beruht (vgl. insbes. Brinz S. 830 fg.), so daß sie selbst zum Vortheil von Theilerben stattfindet und die Realconjunktion mehrerer Erben nur ein auf dem Willen des Erblassers beruhendes Vorzugsrecht bei der Anwachsung begründet, beruht die Anwachsung nach österr. Recht lediglich und durchgängig auf dem vermuthlichen Willen des Erblassers und findet daher, wie schon nach röm. Recht bei Militärtestamenten (Stellen der Note f. Mühlenbruch Bd. 42 S. 86 fg. Puchta, Vorles. II S. 432. Neuner die her. inst. ex re certa S. 511 fg.) nur im Fall der Berufung mehrerer Erben zu der ganzen Erbschaft oder zu demselben Erbtheil statt. Vgl. auch Mühlenbruch Bd. 43 S. 365 fg., dessen Argumentation zutreffend ist, mag gleich eine andere Interpretation der L. 37 D. de test. mil. die richtige sein. Vgl. auch hess. Entw. Art. 134. Motive S. 93 fg. Sächs. Gesetzb. §. 2269 fg.; unpassend sind die Vorschriften des preuß. Landr. I 12 §. 281 fg. Koch II §. 819 a. E.

[3] Der Erbtheil ist erst dann erledigt, wenn auch kein Nachberufener oder Transmissar eintritt: das Substitutionsrecht geht dem Transmissionsrecht und beides dem Accrescenzrecht vor. L. 2 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. un. §. 5. 7 i. f. C. de cad. toll. 6. 51. Mühlenbruch Bd. 43 S. 249. 250.

[4] Die unabweisbare Nothwendigkeit der Anwachsung beruht auf der Berufung sämmtlicher Erben zu der ganzen Erbschaft resp. zu demselben ganzen Erbtheile, so daß die Portionen der Einzelnen nicht von vornherein (ab initio) gegeben sind, sondern erst hinterher durch das wirkliche Zusammentreffen mit Andern entstehen. L. 80 D. de leg. III. Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. (Daher nimmt mit Recht auch Mühlenbruch Bd. 42 S. 93 bei Soldatentestamenten an, daß das Accrescenzrecht, falls es überhaupt eintritt, ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit eintritt.) Man sollte deshalb eigentlich gar nicht von einem jus accrescendi, sondern vielmehr von einem jus non decrescendi sprechen, da der Anspruch des einzelnen Miterben auf das Ganze nicht erst durch den Wegfall des Mitberufenen entsteht, sondern in Folge desselben nur nicht beschränkt und geschmälert wird: es geht also jenem eigentlich nichts zu, sondern nur nichts ab. Daß man hier dennoch von Zuwachs (Accrescenz) spricht, erklärt sich aus der Verschiedenheit des gewählten Standpunkts, indem man nicht zunächst den Miterben vor Augen hat, der durch den Wegfall des Mitberufenen nur von der Concurrenz befreit wird, sondern vielmehr die Erbschaft resp. die Erbportion von vornherein als in gleiche Theile getheilt (§. 555) und den Berufenen pro parte zum Erwerb angeboten ansieht, wonach dann der dem wegfallenden Miterben deferirte Theil freilich erledigt erscheinen muß. Die Verpflichtung zur Übernahme der auf dem zuwachsenden Theil liegenden Lasten (§. 563) aber erklärt sich aus der Annahme, es sei dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß, daß der Mitberufene den freigewordenen Erbtheil nicht unter günstigeren Bedingungen b e halten solle, als ihn der ausfallende Miterbe e r halten hätte. Da die Anwachsung eine Vergrößerung des ursprünglichen Erbtheils von innen heraus, oder vielmehr nur eine Nichtschmälerung desselben bewirkt, und der zugewachsene Theil einen natürlichen Anhang des bereits Erworbenen bildet, so ergibt sich daraus von selbst, daß in Ansehung

des zuwachsenden Theils keine neue Delation stattfindet und es daher zum Erwerb desselben keiner besonderen Antretung (Erbserklärung) bedarf L. 31 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 2 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. un. §. 10 C. cit. 6. 51), daß die Anwachsung auch in der Person des Erbeserben (portio portioni accrescit L. 9 D. de suis 38. 16. L. un. §. 10 cit. 6. 51. L. 26 §. 1 D. de cond. 35. 1) und des Substituten eintritt (L. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5), und daß im Zweifel auch der zugewachsene Theil dem Fideicommissar (unten §. 48 Anm. 11) hinauszugeben ist. — Die Frage, ob die Anwachsung nach österr. Recht ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit stattfinde, oder ob die eingesetzten Miterben den freigewordenen Theil auch ablehnen können, ist unter unseren Schriftstellern sehr bestritten. Für das Erstere: Rippel IV S. 75 fg. 78 fg. Stubenrauch II S. 283. 303. Dworzak S. 87; für das Letztere: Zeiller II S. 433, jedoch ohne Begründung: Winiwarter III S. 54. 55, dessen Motivirung theils auf einer petitio principii beruht, theils darauf hinausgeht, die Anwachsung für eine stillschweigende Substitution zu erklären, wogegen, von allem Anderen abgesehen (vgl. Dworzak S. 19 fg.), schon §. 1279 und der Grundsatz portio portioni accrescit spricht; Ellinger zu §. 560, „weil es nicht versagt sei, sich mit einem kleineren als dem gebührenden Erbtheil zu begnügen", eine Behauptung, welche in Widerspruch mit §. 806 steht und wonach es etwa auch zulässig sein müßte, als Alleinerbe auf die Hälfte der Erbschaft zu verzichten (vgl. dagegen auch L. un. §. 10 C. cit . . . nolentibus ipso jure accrescat, si suas portiones jam agnoverint, cum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere . . .). — Hätte der Erblasser das Anwachsungsrecht ausdrücklich verboten, so tritt in Ansehung der erledigten Erbtheile die gesetzliche Erbfolge ein.

[5] Es haben also die wirklich (nicht bloß scheinbar) re et verbis conjuncti vor den bloß re conjunctis (oben §. 15 Anm. 7. 8) den Vorzug. Mühlenbruch Bd. 43 S. 318 fg. Dworzak S. 89. 90. So geht allerdings A dem C nicht vor, wenn es im Testament heißt: A und B sollen ein Drittel meiner Erbschaft haben, dieses Drittel hinterlasse ich auch dem C; oder: zu diesem Drittel berufe ich auch den C; wohl aber wenn es hieße: zu meinen Erben ernenne ich 1) den A und den B, 2) den C. L. 63. 59 §. 2 D. de her. inst. 28. 5. Vgl. L. 66 eod. und zu dieser Stelle, welche Stubenrauch II S. 302 Note *** unvollständig wiedergibt und mißversteht, Mayer S. 60 fg. Keller §. 486 Note 3. Daß bloß verbis conjuncti nach österr. Recht kein Accrescenzrecht haben, ist außer Zweifel: §. 562; über das röm. Recht vgl. Dworzak S. 42 fg. 72 fg.

[6] Denn auch jeder solcher Erbe ist vom Gesetz zur ganzen Erbschaft berufen, und die Antheile der Einzelnen entstehen nur in Folge ihres wirklichen Zusammentreffens mit anderen vom Gesetz Berufenen und durch die nach Köpfen oder Stämmen vorgenommene Theilung (partes concursu fiunt); hiezu kömmt überdies, daß die Erben der spätern Linien durch die Existenz der Vorgehenden ausgeschlossen sind. Dieser Punkt wird von unsern Schriftstellern in der Regel ganz übergangen.

3. Erwerb des Erbschaftsbesitzes. Verlassenschaftsabhandlung[1].

§. 39.

Den Erben ist es nicht gestattet, sich durch eigene Thätigkeit in den Besitz der Erbschaft zu setzen: das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und der Nachlaß dem rechtmäßigen Erben von der Abhandlungsbehörde ausgefolgt (eingeantwortet) werden (§. 797. 819). Die richterliche Einweisung in den Nachlaß (der gerichtliche Einsatz)[2] ist in Folge der verwerflichen staatlichen Bevormundung der Parteien nicht ein Recht, sondern eine Pflicht des Erben[3].

Es ist seit langer Zeit her[4] in Österreich Rechtens, daß das Gericht als Abhandlungsbehörde den Nachlaß eines Verstorbenen sofort an sich nimmt und die Auseinandersetzung desselben von amtswegen besorgt[5]. Bei jedem Todesfall schreitet das Gericht, welches dafür zu sorgen hat, daß ihm alle in seinem Bezirke vorkommenden Todesfälle sogleich bekannt werden[a], von amtswegen ein, nimmt die Todfallsaufnahme[b] und nöthigenfalls die Versiegelung des Nachlasses vor[c], eröffnet und publicirt die schriftliche Erklärung des letzten Willens[d], ladet die Zeugen einer mündlich errichteten letztwilligen Anordnung von amtswegen vor und vernimmt dieselben[e], verständigt die vermuthlichen Erben von dem Erbanfalle[f] und fordert sie auf, ihre Erbserklärung beizubringen[g], erläßt an unbekannte, unter gewissen Voraussetzungen auch an abwesende Erben eine Ediktalvorladung[h], bestellt unter Umständen von amtswegen Curatoren zur Abhandlung oder Verwaltung der Verlassenschaft[i], macht dem vom Erblasser etwa ernannten Testamentsvollzieher diese Anordnung bekannt[k], setzt das zur Vermessung der Verlassenschaftsgebühren bestimmte Amt von dem Todesfalle in Kenntniß[l], ergreift die zur Entrichtung oder Sicherstellung der gesetzlichen Gebühren erforderlichen Maßregeln[m], erstattet in einer nicht unbedeutenden Anzahl von Fällen überdies noch an andere Behörden und Personen Anzeige[n] von dem Sterbefalle[o], und nimmt in gewissen Fällen die Errichtung eines Inventars von amtswegen vor[o]. Vor diesem Gerichte haben die

[a] Ges. v. 9. Aug. 1854. §. 34. 35. [b] §. 36...42 §. 50...52. §. 53 fg. ebda. [c] §. 43...39 ebda. [d] §. 61...64 ebda. [e] §. 65 fg. ebda. [f] §. 75. 76 ebda. [g] §. 115 ebda. [h] §. 128. 129 ebda. [i] §. 77. 78. 79 ebda. [k] §. 80 ebda. [l] §. 82 ebda. [m] §. 43. 179 ebda. [n] §. 83 fg. ebda. [o] §. 81. 92 fg. ebda.

Erben ihre Erbserklärung anzubringen und ihren Erbanspruch nachzuweisen (§. 799). Findet Intestaterbfolge statt, so kann das Gericht, wenn ihm das nächste oder ausschließende Recht der sich meldenden Erbprätendenten zweifelhaft ist, von amtswegen die etwa vorhandenen gleich oder näher berechtigten Verwandten des Erblassers ausmitteln und zu diesem Zweck ein Edikt ausfertigen[p]. Kommen widersprechende Erbserklärungen vor, so hat das Gericht nach Einvernehmung der Parteien zu entscheiden, welcher Erbprätendent gegen den andern als Kläger aufzutreten habe[q]: bis zur Beendigung des nunmehr über das Erbrecht zu führenden Streites wird mit der Verlassenschaftsabhandlung innegehalten[r]. Wer in diesem Streit den Sieg davonträgt, oder wer sein unbestrittenes Erbrecht gehörig dargethan hat, muß, um die Einantwortung des Nachlasses zu erwirken, erst noch die von der Verlassenschaft zu entrichtenden Gebühren aller Art (vgl. §. 694) berichtigt oder doch sichergestellt haben und sich hierüber vor Gericht ausweisen (§. 818)[s]. Zu diesem Zweck muß er den Nachweis des Nachlaßvermögens und der Vertheilung desselben der Abhandlungsbehörde vorlegen, welche die sog. Nachlaßnachweisung an das Steueramt leitet[t], das die Gebührenbemessung vornimmt und an den Steuerpflichtigen die betreffende Zahlungsauflage ergehen läßt: vor Entrichtung oder doch Sicherstellung dieser Gebühren darf der Richter unter eigener Haftung den Nachlaß nicht ausantworten[7]. Der Erbe muß ferner in der sog. Testamentausweisung Punkt für Punkt zeigen, daß er die durch Testament oder Codicill getroffenen Anordnungen des Erblassers erfüllt oder doch deren Erfüllung sichergestellt habe (§. 817)[u], insbesondere daß er die Legatare von den ihnen zugedachten Vermächtnissen verständigt (§. 817)[v] und die Legate zu frommen oder gemeinnützigen Zwecken bezahlt oder doch sichergestellt habe[w]. Nunmehr erst ist die allenfalls erfolgte Versteglung des Nachlasses aufzuheben, dem Erben die Verlassenschaft mittelst des sog. Einantwortungsdekrets zu überantworten (§. 819) und die Verlassenschaftsabhandlung für beendet zu erklären[x], falls nicht etwa früher noch eine Erbtheilung vorzunehmen[y] oder ein sog. Endausweis[z] zu erstatten ist.

[p] §. 124 ebda. [q] §. 125. 126 ebda. [r] §. 127 ebda. [s] §. 149. 154. 155 ebda. [t] §. 149. 154 ebda. [u] §. 157 ebda. [v] §. 160. 161 ebda. [w] §. 159 ebda. vgl. §. 160..,163. [x] §. 149. 174. 176 ebda. [y] §. 165 fg. ebda. [z] §. 172 ebda.

Die Verlassenschaftsabhandlung beruht auf zwei Grundsätzen: Der Nachlaß soll nur dem wahren (rechten) Erben ausgefolgt werden. Nur der reine Nachlaß soll dem Erben eingeantwortet werden. Das mühsame und zeitraubende Streben, den ersten dieser beiden Grundsätze (§. 797. 819) durchzuführen, erweist sich als vergeblich und ohnmächtig: es ist keine ausreichende Sicherheit dafür geboten, daß der nach langwieriger Verhandlung als der rechte Erbe Erkannte dies auch wirklich sei (§. 823)[8]. Der zweite Grundsatz, daß dem Erben nur der nach Befriedigung der Gläubiger, nach Bezahlung der Gebühren und nach Entrichtung des Pflichttheils und der Vermächtnisse erübrigende Rest des Nachlasses ausgefolgt werden solle, wird zwar nicht mehr in seiner früheren vollen Schärfe durchgeführt (§. 688. 811. 817), liegt aber doch noch einer Anzahl rechtlicher Bestimmungen zum Grunde (§. 812. 818. 819. 822 a. b. G. B. §. 73. 74. 154. 156. 159...163 Ges. v. 9. Aug. 1854), welche sämmtlich in dem Grundgedanken wurzeln[aa], daß der Nachlaß in erster Linie den Erbschaftsgläubigern (im weiteren Sinn des Wortes[bb]) rechtlich verfangen sei[9].

Anm. [1] Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich, ein Votum für deren Aufhebung. 1862. In dieser Schrift habe ich zu zeigen versucht, daß das Institut der Verlassenschaftsabhandlung in seiner gegenwärtigen abnormen Mißgestalt durch und durch unhaltbar sei und daß eine Reform desselben, wenn man nicht schon den Muth hat, sofort zur definitiven Beseitigung desselben zu schreiten, „nicht bloß durch Veränderungen auf dem Gebiete des formellen Rechts bewirkt werden kann, sondern daß es das materielle Recht ist, welches in erster Linie der Änderung bedarf. Was uns noth thut, ist nicht bloß die Revision des Gesetzes über das sog. Verfahren außer Streitsachen, sondern vor allem eine Revision des 15. Hpstcks des II. Theils des a. b. G. B." Dieses Votum ist gebilligt worden von Arndts in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 4 S. 443 fg. und Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 10 Lit. Bl. S. 59 fg. Auch Costa in den Verhandl. der Laibacher jurist. Gesellsch. Bd. 1 S. 368 fg. und der Recensent P. H. in der wissenschaftl. Beil. zur Wiener Zeit. 1862 Nr. 29 haben in der Hauptsache ihre Beistimmung erklärt. Vgl. auch Gruchot, Beiträge zur Erläuter. des preuß. R. Bd. 7. Hft 1 und die Recension in der kath. Lit. Zeit. 1862. Nr. 38. Ein unerwarteter Bundesgenosse hat sich überdies in einem Geschichtsschreiber aus der neuesten Zeit gefunden. Springer, Geschichte Österreichs I (1863) S. 141, bemerkt sachlich richtig, wenngleich nicht in juristisch richtiger Fassung: „Den Einfluß der Anschauungen des vorigen Jahrhunderts bekundet gleichfalls, und dieses Mal nicht zum Frommen des Werks, der fiskalische Standpunkt, von welchem aus das Erbrecht behandelt ist. Die Erbsadi-

[aa] Vgl. unten §. 40. [bb] cf. L. 1 C. de bon. 7. 72.

tion gibt dem Erben keineswegs das freie Verfügungsrecht über das Vermögen; der Staat, von der Aufklärung als allmächtiges Wesen angesehen, tritt dazwischen und überantwortet erst mit Übergehung aller andern Erbschaftstitel (?) dem Erben die Vermögenssubstanz. Fiscalisch gesprochen: erst nach Berichtigung aller Erbschaftsgebühren an den Staatsschatz tritt der Erbe in sein volles Recht und muß sich bis dahin mit dem Titel des redlichen Besitzers (?) begnügen." Wenn aber Springer hinzufügt: „Die Unbrauchbarkeit dieser Rechtsfiktion (?) erwies sich am deutlichsten als im Jahr 1840 die Erbschaftssteuer aufgehoben wurde, wodurch natürlich die Erbseinantwortung ruhte, und ein ganzes Hauptstück des Gesetzbuchs außer Kraft gesetzt wurde", so ist dies nicht die einzige thatsächliche Unrichtigkeit, welche sich in diesem Werke findet. Dagegen ist die Verlassenschaftsabhandlung mit ihren gegenwärtigen Grundlagen wieder in Schutz genommen worden von Harrasowsky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung 1862, und von Helm in der österr. Viertelj. Bd. 10 Nr. 7. Beide Abhandlungen sind nicht darnach angethan, mich eines Besseren zu belehren und meine Ansichten irgendwie zu erschüttern oder auch nur zu modificiren: ich halte das Urtheil, welches ich über jenes difforme Institut ausgesprochen habe, in allen Punkten aufrecht. Die zweite der angeführten Gegenschriften ist so schwach und unbedeutend, daß sie eine weitere Beachtung gar nicht erfordert: der Verf. sieht „die Grundlagen der (heutigen österr.) Erbverhandlung schon in den Gesetzen der Römer und vollends im justinian. Recht" und findet im übrigen alles „natürlich", so daß es „füglich nicht anders sein könne." Aber auch die fleißig gearbeitete Schrift von Harrasowsky läßt überall die juristische Durchdringung und Verarbeitung des Stoffs vermissen: sie enthält manche Unrichtigkeit und beruht auf sonderbaren Selbsttäuschungen. Es ist übrigens schwer, über Reformen mit einem Schriftsteller zu rechten, der von einem interdictum adipiscendae possessionis keine klare Vorstellung, von dem gemeinrechtlichen Institut des gerichtlichen Einsatzes keine genaue Kenntniß hat, und der die Einführung einer Reform deshalb ablehnt, weil sich — in unserer veralteten Gerichtsordnung kein Anhaltspunkt dafür findet!

[2] Über das gemeinrechtliche Institut des gerichtlichen Einsatzes vgl. Leist. die bon. poss. II 2 S. 465 fg.

[3] In früherer Zeit war die Abhandlungspflege ein lucratives Recht der Gerichte, heutzutage ist sie nur mehr eine lästige Pflicht derselben. Verl. Abh. Nr. IX. XII. XIII. Bei der a. a. O. gegebenen Entwicklung konnte ich wohl erwarten, daß das humoristische Citat auf S. 191 nicht mißverstanden werden und daß kein unbefangener Leser darin eine „Beschuldigung der österr. Rechtspflege" finden würde: Harrasowsky S. 69 Note* kämpft mit Windmühlen.

[4] Über die geschichtliche Entwicklung und Ausbildung dieses Instituts in Österreich vgl. Verl. Abh. S. 45 ... 113.

[5] Der Nachlaß ist sofort mit dem Tode des Erblassers dem Gerichte verfangen: „die Abhandlung der Verlassenschaft eines Verstorbenen nimmt mit dem Zeitpunkt des Todes selbst ihren Anfang." Hfdkrt 7. Febr. 1821. Wessely Handb. II Nr. 334. Patent v. 18. Juni 1850 §. 1.

[6] Über das Unpassende dieser „Verständigungen" vgl. Verl. Abh. S. 115. 116. „Ist der Richter ein öffentlicher Geschäftsagent und kann es seine Aufgabe sein, die Verwaltungsstellen zu verständigen und die Ehrenzeichen eines k. k. Truchsessen zurückzustellen?" Harrasowsky S. 61 meint freilich, daß dies „keinem wesentlichen Bedenken unterliege: andere Organe müßten (sonst) eigens dafür Sorge tragen, daß sie von allen Todesfällen der betreffenden Personen unterrichtet würden." Bei solcher Auffassungsweise ist es nur zu wundern, daß man dem Abhandlungsrichter nicht auch die sog. Todtenbeschau aufträgt.

[7] Über die fiskalische Seite des Instituts, über dessen Unersprießlichkeit und Überflüssigkeit auch in dieser Beziehung, und über die unpassende Funktion der Abhandlungsgerichte als „Hilfsämter der Gefällsbehörden" vgl. Abh. S. 169 . . . 190. In dieser Hinsicht sind sogar Harrasowsky S. 71 fg. und Helm S. 248 fg. unzufrieden und verlangen Reformen, freilich jeder das Gegentheil der von dem Andern vorgeschlagenen.

[8] Da der Erbe, der sich nicht meldet, nur von der gerichtlichen Einsetzung in den Nachlaß, nicht von der Geltendmachung seines Erbrechts präcludirt wird (§. 120. 128 . . . 130. Ges. v. 9. Aug. 1854), und da es bei der größten Sorgfalt leicht möglich ist, daß ein Testament erst hinterdrein gefunden wird (§. 186 ebda), so kann dem Immittirten immer noch die Erbschaft mit der Erbschaftsklage abgenommen werden (§. 823). In diesem Mißverhältniß von Absicht und Erfolg, von Aufwand und Ergebniß liegt die Unzweckmäßigkeit und der innere Widerspruch der gegenwärtigen Prozedur. „Der Nachlaß wird in der That demjenigen eingeantwortet, dem er wahrscheinlich, nicht demjenigen, welchem er wirklich gebührt. Während die Verlassenschaftsabhandlung prinzipiell die absolute und endgiltige Feststellung des Erbrechts bezweckt, bringt sie praktisch doch nur eine relative und anfechtbare Ordnung der Verhältnisse zu Stande. Während die Einantwortung des Nachlasses als das Resultat mühevoller und langwieriger Untersuchung die definitive Zuweisung des Nachlasses enthalten soll, hat sie doch nur die Wirkung einer interimistischen Einsetzung in den Nachlaß. Da durch die Abhandlung und Einantwortung nicht jus inter omnes geschaffen wird (wie dies nach attischem Recht der Fall war, welches einen ähnlichen Vorgang kannte, vgl. Stahl, Rechtsphilos. II 1 §. 94), ist der vom Gericht anerkannte und eingewiesene Erbe gar häufig in der Lage eines bloßen bonorum possessor sine re, cui alius jure civili evincere hereditatem potest. Durch das Institut der Abhandlungspflege soll der wahre Erbe ermittelt werden, und es wird doch nur der wahrscheinliche Erbe ermittelt: der Nachlaß soll in die rechte Hand gebracht werden und doch erweist sich hinterher diese Hand gar oft als die unrechte. Die Verlassenschaftsabhandlung vermag somit die Aufgabe nicht zu lösen, welche ihr gestellt ist. Die ganze Prozedur ist mit ihrem Ergebniß in Widerspruch. Man forscht nach Gewißheit und erhält Wahrscheinlichkeit, man sucht den wahren Erben und findet den möglichen Erben. Wozu dann ein so umständliches Verfahren, wenn das Resultat doch ein so prekäres ist? Wozu ein so großer Aufwand, wenn der Erfolg ein so kleiner ist und mit viel einfacheren Mitteln erreicht werden kann? Läßt sich durch die richterliche Dazwischenkunft doch immer nur der präsumtive Erbe ermitteln und hat die Anerkennung des Erbrechts durch den Abhandlungs-

richter doch stets nur eine relative und beschränkte Wirksamkeit, so sollte dem entsprechend die richterliche Thätigkeit, falls sie überhaupt in Verlassenschaftsfällen stattfindet, in einer bloß summarischen Wahrscheinlichkeitsuntersuchung bestehen und sich auf eine rein provisorische Entscheidung beschränken, wie dies bis zum Jahre 1785 auch wirklich der Fall war." Verl. Abh. S. 117... 134. Trotz alles Sträubens gegen diese a. a. O. angegebene und ausgeführte Aufgabe der gegenwärtigen Verlassenschaftsabhandlung kommt Harrasowsky dennoch auf dasselbe hinaus, indem er als ersten Zweck des Instituts angibt, daß „die Person des Rechtsnachfolgers in einer verläßlichen (und für den Verkehr leicht erkennbaren) Weise festgestellt werde" (S. 62. 68 fg.): das ist es ja eben, daß man sich umständlich und sorgfältig bemüht, den Erben in „verläßlicher" Weise festzustellen, während diese Feststellung doch immer nur eine „unverläßliche" ist! Wenn übrigens Harrasowsky S. 69 bemerkt, daß „nichts unternommen werde, den Nachlaß dem rechten Erben aufzunöthigen", so widerlegt er etwas, was niemand behauptet hat; und wenn er hinzufügt, daß es „gar nicht einmal Sache der Verl. Abh. ist, die Frage, wer der rechte Erbe sei, zu einer Entscheidung zu bringen", so ist dies nur mit Rücksicht auf die Art des Verfahrens richtig: allerdings kann im nichtstreitigen Verfahren nicht über die streitige Erbberechtigung entschieden werden, wohl aber muß mit der Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung so lange innegehalten werden, bis der petitorische Erbrechtsstreit entschieden (§. 127 Ges. v. 9. Aug. 1854) und „der rechtmäßige Erbe vom Gericht erkannt ist" (§. 819).

[9] Die negative Bestimmung der §§. 811. 817. 688 (westgal. Gesetzb. II §. 634) erhält ihre wahre Bedeutung erst durch die Vergleichung mit dem frühern Zustand der Dinge, wonach der Nachlaß vor erfolgter Befriedigung der Erbschaftsgläubiger aller Art dem Erben unter eigener Dafürhaltung des Richters, der somit ex officio für das Interesse Jener zu sorgen hatte, nicht ausgefolgt werden durfte. Verl. Abh. Abh. Nr. X. XI. Wenn aber h. z. T. ein Erbschaftsgläubiger (sensu latiori) seinen Anspruch rechtzeitig geltend macht, so muß die Einantwortung des Nachlasses bis zur Befriedigung desselben ausgesetzt bleiben; arg. 812. 822. Nicht also der unrichtige Grundsatz der rechtlichen Verfangenschaft des Nachlasses zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger ist aufgegeben worden (vgl. unten §. 40), sondern nur die Sorge für die praktische Durchführung und concrete Nutzbarmachung des Prinzips, daß dem Erben lediglich der reine Nachlaß auszufolgen sei, ist dem Abhandlungsrichter in der Regel abgenommen und in die eigene Hand der Gläubiger gelegt worden. Über die Fälle, in denen aber selbst h. z. T. noch der Richter von amtswegen das Interesse gewisser Gläubiger zu wahren hat, vgl. Verl. Abh. S. 135 fg. 146 fg. — Was Harrasowsky S. 68 fg. an die Stelle dieses Grundsatzes setzen will („jene Leistungen, deren Überwachung als im öffentlichen Interesse gelegen betrachtet wird, sollen dadurch gesichert werden, daß der Erbe bis zur Erfüllung oder Sicherstellung in der vollen Disposition über die einzelnen Nachlaßgegenstände gehindert bleibt"), ist rein äußerlicher Natur und trifft weder die civilistischen Grundlagen noch sämmtliche Erscheinungen: wie vermöchte man von jenem Standpunkt aus die Anordnung der §§. 812. 822 zu erklären?

IV. Das Recht aus der Erbfolge.

A. Die rechtliche Stellung des Erben.

1. Die regelmäßige Stellung[1].

§. 40.

Der Erbe wird unmittelbar durch den Erbſchaftsantritt (§. 547) Herr des Erbvermögens, welches hiemit ſeine ſelbſtändige Exiſtenz ganz und gar verliert[2] und ſich mit dem übrigen Vermögen des Erben zu Einem Vermögen zuſammenſchließt[3]. Wo bisher der Erblaſſer berechtigt oder verpflichtet war, da iſt es nunmehr an ſeiner Stelle und im eigenen Namen[4] der Erbe, deſſen rechtliche Lage überhaupt von der des Erblaſſers nicht verſchieden iſt[5]. Dem Erben ſtehen daher alle einzelnen Vermögensrechte des Erblaſſers zu[6], vorausgeſetzt daß er die erforderliche Rechtsfähigkeit dazu beſitzt[7]. Dagegen iſt er auch Schuldner der Gläubiger des Erblaſſers, wie es dieſer war, und haftet ihnen nach dem ganzen Betrag ihrer Forderungen wie ſeinen eigenen Gläubigern mit ſeinem ganzen ungetheilten Vermögen (§. 548. 801)[8]; namentlich haftet er auch für Deliktsſchulden des Erblaſſers über den Umfang der Erbſchaft hinaus (§. 1337)[9], für öffentliche Vermögensſtrafen aller Art jedoch nur, dafern der Erblaſſer bereits rechtskräftig[a] verurtheilt war (§. 548)[10]. Der Erbe muß ferner die Verfügungen des Erblaſſers anerkennen, ſollten ſie gleich ſein (des Erben) eigenes Vermögen betreffen[11], und die angemeſſenen Beſtattungskoſten als eine auf dem Erbvermögen ruhende Laſt[b] tragen (§. 549)[c], dafern dieſe Verpflichtung nicht ausnahmsweiſe einem Andern obliegt[d] (vgl. §. 1327)[12]. Eine nothwendige Folge der mit dem Erbſchaftserwerb ſich vollziehenden Verſchmelzung der Vermögensmaſſen des Erblaſſers und des Erben (ſog. confusio bonorum) iſt das Erlöſchen der Rechte und Verpflichtungen, welche dem Erblaſſer und Erben bisher gegeneinander zuſtanden, durch ſog. Vereinigung (Confuſio §. 1445.

[a] Hfdkrt 18. Juli 1820. Michel II Nr. 1000. [b] L. 2 §. 17 D. de her. vend. 18. 4. L. 45 L. 14 §. 13 D. de relig. 11. 7. cf. L. 1 L. 12 §. 3 L. 14 §. 1. 15. 17. L. 16 . . . 27 pr. L. 31 pr. D. eod. — Vgl. §. 46. 145 Geſ. v. 9. Aug. 1854. [c] L. 12 §. 5 L. 14 §. 6 L. 21. 28 D. cit. cf. L. 14 §. 10 eod. Syſtem I §. 5 Nr. II. [d] cf. L. 14 §. 2 L. 12 §. 4 D. cit. L. 112 §. 2 D. de cond. 35. 1.

1446)[e]. Trotz der Vermischung der beiden Vermögensmassen dauert die Erbeigenschaft des Nachfolgers natürlich fort, da er fortan den einen Theil seines Vermögens als Ererbtes, den andern als Selbsterworbenes hat, und es kann die Unterscheidung dieser doppelten Eigenschaft als Nachfolger und sonstiges Vermögenssubjekt, als Erbe und Eigner, in mancher Beziehung von praktischer Bedeutung bleiben[13].

Die rechtliche Stellung des Erben als Herrn des Erbvermögens tritt jedoch erst mit der erfolgten Einantwortung des Nachlasses (§. 819) wirksam hervor. Vor diesem Zeitpunkt wird der Erbe in den meisten Beziehungen so betrachtet und behandelt, als hätte er die Erbschaft noch nicht angetreten. Die beiden Vermögensmassen bleiben faktisch und rechtlich getrennt und der Erbe steht dem Nachlaß, der ihm actuell noch nicht gehört, wie ein Fremder gegenüber[14]. Ist ihm auch in Folge ausreichender Nachweisung seines Erbanspruchs die Verwaltung des Nachlasses überlassen worden (§. 810. Ges. v. 9. Aug. 1854. §. 43. 122. 127. 145)[15], so befindet er sich doch nur in der Stellung eines Verlassenschaftscurators: er muß das Vermögen wie ein fremdes verwalten und ist bei allen wichtigeren Handlungen an die Einwilligung der Abhandlungsbehörde gebunden (§. 233. Ges. v. 9. Aug. 1854. §. 145)[16]. Das Erbvermögen ist in diesem Stadium den Erbschaftsgläubigern aller Art rechtlich verfangen: sie haben die Erbschaft, (noch) nicht den Erben zu ihrem Schuldner[17] und daher das Recht, aus dem Nachlaß mit Ausschließung aller Gläubiger des Erben befriedigt zu werden (arg. §. 812. 822)[18], die daher auch nur in Ansehung des etwa erübrigenden Erbschaftsrestes unter den gehörigen Voraussetzungen provisorische Sicherstellungsmaßregeln treffen können (§. 822)[19]. Mit der erfolgten Einantwortung des Nachlasses (§. 797. 819)[20] fällt die Schranke, welche den Erben bisher von dem Nachlaß trennte[21]: das Erbvermögen bildet von nun an einen effektiven Bestandtheil seines eigenen Vermögens, die Erbeneigen-

[e] L. 18 D. de servit. 8. 1. L. 116 §. 4 L. 70 §. 1 L. 84 §. 4 D. de leg. I. L. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. L. 9. 10 D. comm. praed. 8. 4. L. 6 D. de manum. test. 40. 4. — L. 2 §. 18 D. de her. vend. 18. 4. L. 75. 95 §. 2 D. de solut. 46. 3. L. 21 §. 1 D. de lib. leg. 34. 3. L. 7 C. de pact. 2. 3. cf. L. 22 §. 9 C. de jur. delib. 6. 30. cf. L. 20 pr. D. de cond. instit. 28. 7. L. 7 §. 1 D. de cond. et dem. 35. 1. — System I §. 69.

schaft tritt jetzt allseitig in den Vordergrund und die Erbschaftsgläubiger haben fortan den Erben selbst mit seinem gesammten Vermögen zu ihrem persönlichen Schuldner.

Der in den Nachlaß gerichtlich eingesetzte Erbe (§. 797. 819) wird durch die Einantwortungsurkunde (§. 174 Ges. v. 9. Aug. 1854) aktiv und passiv vollständig legitimirt: er erscheint Dritten gegenüber, welche nicht etwa selbst das Erbrecht für sich in Anspruch nehmen, als der wahre Erbe, mag er dies gleich in der That nicht sein und ihm die Erbschaft hinterher noch von dem wirklichen Erben abgefordert werden (§. 823). Daher werden Personen, welche mit dem Immittirten als vermeintlichem Erben in gutem Glauben Rechtsgeschäfte geschlossen haben, auch dem wahren Erben gegenüber geschützt: gutgläubige Erwerber einzelner Nachlaßgegenstände resp. dinglicher Rechte daran erlangen ein festes Recht, welches auch der wahre Erbe anerkennen muß (§. 824), und Erbschaftsschuldner, welche ihre Schuld an den vom Gericht eingesetzten Erben in gutem Glauben gezahlt haben, werden dadurch endgültig befreit (arg. §. 824) [22].

Anm. [1] Mühlenbruch in der Forts. Bd. 43 S. 77 fg. Arndts im R. L. IV S. 17 fg.

[2] Es wird zwar hin und wieder behauptet, daß die Erbschaft auch nach dem Antritt eine selbständige Existenz fortführe und daß sie im Vermögen des Erben eine besondere für sich bestehende Einheit bilde, gleichsam ein Vermögen im Vermögen. So insbesondere Puchta, Pand. und Vorles. §. 447 und Scheurl, Beiträge I S. 38 fg.; zum Theil auch Arndts, Pandekt. §. 521 und Schirmer §. 3 Note 44. Allein diese Ansicht ist sicher unhaltbar. Vgl. dagegen schon Mühlenbruch S. 100 fg. und insbesondere Ihering, Abhandl. S. 239 fg. Windscheid in der krit. Übersch. 1 S. 194 fg. Köppen, die Erbschaft S. 105 fg Brinz, Pandekt. §. 156. Wenn man sich zum Beleg für die hier bekämpfte Ansicht auf die hereditatis petitio beruft, so beweist dies schon deshalb nichts, weil ein Vermögen als universitas Gegenstand auch persönlicher Universalklagen sein kann (z. B. eines Mündels, eines Machtgebers, eines Käufers der Erbschaft) und selbst ein Lebender in die Lage kommen kann, sein zurückgelassenes Vermögen mit einer der hereditatis petitio analogen dinglichen Universalklage in Anspruch zu nehmen (oben §. 2 Anm. 14), ohne daß man deshalb geneigt sein wird, ihm zwei Vermögen zuzuschreiben, was eben unmöglich ist. Ihering S. 243. Ebenso unhaltbar ist die Berufung auf das Universalfideicommiß: die fideicommissarische Erbschaft ist als Ganzes nur Gegenstand der Universalsuccession des Fideicommissars (vgl. auch Köppen S. 106. Brinz S. 670. 671), bildet aber bei dem Fiduciar keinen selbständigen Bestandtheil seines Vermögens, sondern nur einen rechtlichen und ökono-

wiſchen Inbegriff von Vermögensgegenſtänden, in Anſehung deren der Vorerbe nur beſchränkt Herr iſt (§. 613): und nimmt man denn etwa bei dem ususfructus omnium bonorum (L. 29 D. usufr. 7. 1. L. 3 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Arndts Pand. §. 181) ein dingliches Recht am Vermögen als universitas oder ein Vermögen im Vermögen des Berechtigten an? Wenn ſich endlich Schirmer darauf beruft, daß der Erbeserbe als Erbe des erſten Erblaſſers gelte (L. 3 D. de H. P. 5. 3. L. 7 §. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 194 D. de R. J. L. 65. 70 pr. L. 170 D. de V. S. L. 14 C. de her. inst. 6. 24), ſo iſt dies vollends irrelevant: denn es verſteht ſich ganz von ſelbſt und hat auf die rechtliche Stellung des Erbvermögens gar keinen Einfluß, daß der Nachfolger des Nachfolgers auch der Nachfolger des erſten Vormanns iſt, daher ſich dies denn bei der Singularſucceſſion, natürlich nur in beſchränkterem Umfang, gerade ſo verhält wie bei der Univerſalſucceſſion. L. 3 D. de exc. rei vend. 21. 3.

[3] L. 10 §. 2 D. de vulg. subst. 28. 6. Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est, exstitit patri filius heres; an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: *juncta enim hereditas coepit esse.* Daher bildet nach dem Tode des Erben deſſen ganzes Vermögen mit Inbegriff des ererbten Vermögens eine einzige untrennbare Erbſchaft. L. 7 §. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. In omni successione, qui ei heres exstitit qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse nec potest Titii omittere hereditatem. L. 59 eod. Qui patri heres exstitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit: nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit: nam si ipsum invitum obligat, conjungi eam paternae hereditati et accrescendi jure adquiri cuicunque patris heredi, existimandum est. L. 28 D. de reb. auct. jud. 42. 5 (Anm. 8).

[4] Der Erbe hat die ererbten Sachen und Forderungen auf ſeinen eignen Namen und kann daher intendiren: rem suam esse, decem sibi dari oportere, Gaj. IV 34; die actio legis Aquiliae wegen des nach dem Erbſchaftsantritt getödteten Erbſchaftsſclaven ipsius (heredis) propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitione L. 36 §. 2 (cf. L. 14) D. de H. P. 5. 3 und ebenſo L. 1 §. 6 D. de injur. 47. 10 Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam .... (vgl. Syſtem I §. 27 Note 1). Wenn dennoch zwiſchen jus hereditarium und jus proprium (L. 14 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 73 D. de evict. 21. 2), zwiſchen hereditario nomine (im Namen des Erblaſſers) und suo (proprio) nomine (im eignen Namen) agere unterſchieden wird (L. 10 D. de exc. 44. 1. L. 93 pr. D. de solut. 46. 3. vgl. §. 326 II weſtgal. Gſtzb.), ſo bedeutet dies nicht etwa den Gegenſatz von eigenem und fremdem Recht oder Namen, ſondern den Unterſchied zwiſchen ererbtem und ſonſtwie erworbenem (wohlerworbenem, errungenem) Gut oder Recht, zwiſchen Erbe und Eigen. — Über die Bedeutung des Ausdrucks: hereditaria actio (erbſchaftliche Klage) vgl. Arndts Beitr. S. 57 Note 96 und im R. L. IV S. 2 Note 12.

[5] L. 59 D. de R. J. Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. L. 156 §. 2 L. 177 pr. D. eod. L. 1 §. 1D. de fund. dot. 23. 5. Sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad heredem mariti: cum suo tamen jure, ut alienari non possit. Der Erbe befindet ſich insbeſondere auch als Succeſſor in des Erblaſſers conditione usucapiendi reſp. im Mangel derſelben. §. 1462... 1464. §. 12 I. de usuc. 2. 6. L. 2 §. 18. 19 D. pro emt. 41. 4. L. 30 pr. D. ex quib. caus. 4. 6. L. 22. 44 §. 3 D. de usuc. 41. 3. L. 11. 14. §. 1 D. de div. temp. 44. 3. L. 11 C. de poss. 7. 32. Das Nähere darüber gehört in das Sachenrecht (vgl. vorläufig Arndts, Pand. §. 161. Unterholzner, Verjährungslehre I §. 99. 133. Bangerow I §. 322 Anm. 2), woſelbſt auch die betreffende Beſtimmung des §. 1463 als ein ungerechtfertigter Bruch des Prinzips, daß der Erbe in vitia defuncti succedit (§. 12 I. cit. L. 11 D. cit. L. 11 C. cit.), zu charakteriſiren iſt. (Die gleiche Beſtimmung des A. L. R. I 8 §. 614 dagegen iſt auf dem Standpunkt des preuß. Rechts I 9 §. 617 allerdings gerechtfertigt.)

[6] L. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2. Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominia succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. L. 80 D. de leg. II. Daß dort, wo öffentliche Bücher eingeführt ſind, eine Eintragung des ererbten Rechts in dieſelben ſtattfinden muß (§§. 436. 819 a. b. G. B. §. 177. 178 Geſ. v. 9. Aug. 1854), iſt nicht als eine Ausnahme, ſondern nur als eine durch das Inſtitut der öffentlichen Bücher bewirkte Modifikation der Regel anzuſehen. Syſtem II §. 74 Note 24. — Auch bedingte Rechtsverhältniſſe gehen auf die Erben über. L. 65 D. de cond. et dem. 35. 1. §. 4 I. de V. O. 3. 15. §. 25 I. de inut. stip. 3. 19. L. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6. Windſcheid, Pandekt §. 89. Über L. 9 §. 1 D. de jur. dot. 23. 3 und ihr Verhältniß zu L. 2 §. 5 D. de donat. 39. 5 vgl. Dernburg, Pfandr. I S. 266 Note 13. Windſcheid Note 6. Chylarz in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 20 Nr. 11. — Der Beſitz der Erbſchaftsſachen wird als res facti nicht ſchon durch den Antritt der Erbſchaft, ſondern erſt durch die Beſitzergreifung erworben. L. 23 pr. D. de acq. poss. 41. 2. Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. L. 30 §. 5 eod. Vgl. Savigny, Recht des Beſitzes §. 28 und insbeſondere Mühlenbruch S. 78 fg. Über die Vererblichkeit der Beſitzklagen: Köppen, Syſtem des Erbr. S. 187 fg. Vgl. auch ſächſ. Gſtzb. §. 2288. 2289. Heſſ. Entw. Art. 240.

[7] Über die richtige Auslegung der L. 62 D. de acq. rer. dom. 41. 1 und der L. 9 pr. §. 1 D. de re milit. 49. 16 vgl. Ihering Abhandl. S. 240 fg. Rudorff Note 7 zu Puchta's Vorleſ. II S. 520. Windſcheid in der krit. Überſch. I S. 197. 198. Köppen, die Erbſchaft S. 101 fg. und Syſtem I §. 2 Note 42 gegen Puchta, Pandekt. §. 447 und Vorleſ. II Beilage 21, Scheürl, Beitr. I S. 39. 40 und Vering, Erbr. S. 76. 88. Wenn daher jemand, der unfähig iſt, gewiſſe Sachen zu Eigen zu haben (Syſtem I S. 370. 371), einen Eigenthümer derſelben beerbt, ſo müßte nach ſtrengem Recht die Sache, cujus commercium heres non habet, als bonum vacans an den Fiscus fallen, und es beruht nur auf billigenswerthen Billigkeitsgründen (vgl. Schirmer §. 3 Note 43), wenn im Erlaß des Ju-

stizmin. v. 5. Aug. 1849 (Michel II Nr. 960) angeordnet wird, daß wenn in der Erbschaft, welche einem Montenegriner anfällt, sich liegende Güter befinden (von deren Eigenthum Montenegriner ausgeschlossen sind, System I §. 40 Note 15), „nur der aus einer binnen peremtorischer Frist erfolgten Veräußerung erzielte Erlös als Gegenstand des dem montenegrinischen Erben zu erfolgenden Nachlasses zu behandeln ist", eine Anordnung, die früher gleicherweise zu befolgen war, wenn eigenthumsunfähige Juden einen Christen beerbten.

[8] L. 8 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2 . . . . hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est. L. 28 D. de reb. auct. jud. 42. 5 . . . . At cum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur; et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omni modo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit . . . Über die ausnahmsweise Begünstigung der röm. Soldaten: L. 22 pr. §. 15 C. de jure delib. 6. 30 und des servus cum libertate heres scriptus: L. 1 §. 18 D. de separ. 42. 16. §. 1 I. de her. qual. 2. 19. Nach älterem deutschen Recht fand bekanntlich die Haftung des Erben nur (und höchstens) im Umfang der Erbschaft statt. Über das Eintreten der Erben in die obligatorischen Verhältnisse des Erblassers nach deutschem Recht: Stobbe in den Jahrb. f. gem. Recht Bd. 5 Nr. 16 (vgl. jedoch Gerber, System 8. Aufl. §. 248 Note 10). Sentz in der G. Z. 1860 Nr. 128. — Über den Übergang der Verpflichtung zur Alimentation unehelicher Kinder auf die Erben des Vaters (§. 171. cf. Nov. 89 c. 12 §. 6) vgl. Köppen, System §. 1 Note 7 a. E.; das Nähere im Familienrecht.

[9] Anders bekanntlich nach röm. Recht und wieder anders nach gemeinrechtlicher durch Mißverständniß einer Stelle des canon. Rechts (c. 5 X. de rapt. incend. 5. 17) und unter Einwirkung deutschrechtlicher Ansichten gebildeter Praxis. System I §. 64 Note 16. II §. 114 Note 16 §. 128 Note 6 und zu den daselbst Angeführten noch Mühlenbruch Bd. 43 S. 16 fg. Köppen, System S. 180 fg. Schirmer §. 2 Nr. 4 lit. b. — Vgl. auch Strfgsz §. 527.

[10] Die Controverse über den Fortbestand dieser dem A. L. R. I 9 §. 363 nachgebildeten Vorschrift ist durch die a. h. Entschl. v. 30. März 1859 (R. G. Bl. Nr. 52) mit Recht zu Gunsten der Fortdauer derselben entschieden worden. System II §. 135 Note 1. Dieselbe Bestimmung und überhaupt richtige Anordnungen in dieser Beziehung enthielt schon das Strfgsz über Gefällsübertretungen v. 11 Juli 1835 §§. 470. 471. 496. 498. (cf. L. 14 D. de publ. 39. 4 und A. L. R. I 9 §. 364). Vgl. auch Hfldkrt 13. April 1826. Michel II Nr. 1001. Strafproz. Ordn. v. 29. Juli 1853 §. 341 (gerechter als A. L. R. I 9 §. 365). Militärstrafgesetz v. 15. Jänner 1855 §. 129 lit. c. Über die Realisirung öffentlicher Vermögensstrafen gegen die Erben nach gemeinem Strafrecht vgl. Hefftter, Lehrb. des gem. deutsch. Strafr. 5. Aufl. §. 192. — Die unbedingte Vererbung der Verpflichtung zur Bezahlung einer Conventionalstrafe (§. 1337) erklärt sich daraus, daß diese Verpflichtung eine rein vertragsmäßige ist. System II §. 114 Note 16. Köppen, System

S. 181. A. L. R. I 9 §. 366. Unrichtig iſt die Bemerkung von Stubenrauch II S. 278, daß es ſich deshalb mit der Conventionalſtrafe anders als mit andern Strafen verhalte, weil „hierunter nur eine Art der Leiſtung des Schadenerſatzes zu verſtehen ſei“: er verwechſelt Grund und Inhalt der Verpflichtung. Mit Recht hat dagegen §. 496 des Gefällsſtrafgeſ. beſtimmt, daß „der Tod desjenigen, der durch ein Übereinkommen die Haftung für eine Gefällsübertretung oder für einen Strafbetrag übernahm, die aus dieſer Haftung entſpringenden Verbindlichkeiten nicht aufhebt.“

[11] L. 1 §. 1 de exc. rei vend. 21. 3. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum (sc. exceptione rei venditae et traditae eum repellendum esse). L. 73 D. de evict. 21. 2. L. 14 C. eod. 8. 45. L. 14 C. de rei vind. 3. 32. L. 3 C. de reb. alien. 4. 51. Vgl. §. 326 II weſtgal. Geſetzb. — L. 7 C. de liber. caus. 7. 16. L. 31 D. eod. 40. 12. — Die intereſſante Frage, ob ein dingliches Recht, insbeſondere ob das Pfandrecht convaleſcire, welches der Erblaſſer an der Sache des Erben als ſeiner eigenen beſtellt hat (L. 41 D. de pign. act. 13. 7. L. 22 D. de pign. 20. 1), iſt im Sachenrecht zu erörtern. Vgl. darüber insbeſ. Dernburg, Pfandr. I S. 265 fg., der jedoch Note 18 a. E. mit Unrecht Stubenrauch II S. 68. 69 als einen Anhänger Modeſtins (L. 22 cit.) anführt: Stubenrauch pflichtet vielmehr der Entſcheidung von Paulus (L. 41 cit.) bei.

[12] Über das gem. Recht in dieſer Beziehung vgl. Glück, Comment. Bd. 11 S. 412 fg. 439 fg. 441 fg. Arndts, Pandekt. §. 299 Anm. Heimbach im R. L. I S. 821 fg. und die ſehr ausführliche Abhandlung von Walther in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 17 Nr. 13.

[13] Damit ſoll nicht etwa geſagt ſein, daß der Erbe zwei vermögensrechtliche Perſönlichkeiten in ſich vereinige, die des Erblaſſers und ſeine eigene, ſondern es ſind damit nur die beiden Hauptwege, auf denen das Eine Vermögen zuſammengebracht werden kann, die beiden Hauptbegründungsarten der ungetheilten Vermögensherrſchaft bezeichnet. Es kommt auch hier nur darauf hinaus, daß eine und dieſelbe Perſon aus mehrfachen Gründen, und nach Lage der Dinge einfach oder mehrfach, berechtigt und verpflichtet ſein kann (duae obligationes in unius persona concurrunt L. 5. 21 §. 1 D. de fidej. 46. 1. L. 10 D. de A. E. V. 19. 1. Syſtem I §. 69 Note 7) und daß es für die eine wie die andere Partei unter Umſtänden nothwendig oder zweckdienlich ſein mag, ſich auf die eine oder die andere Erwerbungsart zu berufen, reſp. das eine oder das andere Rechtsverhältniß oder beide geltend zu machen. Vgl. §. 2 Anm. 13. Es ſteht daher dem Erben die exceptio rei judicatae nicht entgegen, wenn er als Erbe einen Rechtsſtreit, in dem er bereits früher unterlegen war, wieder erhebt, da die hereditaria causa, worauf er nunmehr ſeinen Anſpruch ſtützt (cf. L. 11 §. 1. 5 D. de exc. rei jud. 44. 2), eine nova (superveniens) causa iſt. L. 10 D. de exc. 44. 1. Res inter alios judicata aliis non obest: nec si is, contra quem judicatum est, heres exstiterit ei, contra quem nihil pronuntiatum est, hereditariam ei litem inferenti praescribi ex ea sententia posse, quam proprio nomine disceptans, antequam heres exstiterit, excepit. L. 42 D. de liber. caus. 40. 12. Si servus, quem emeras, ad libertatem procla-

navit, et a judice perperam pro eo judicatum est et dominus ejus servi post rem contra te judicatam te heredem fecit aut aliquo nomine is tuus esse coepisset, petere eum tuum esse poteris nec tibi obstabit rei judicatae praescriptio. Keller, Litisconteſt. und Urth. S. 398. Syſtem II §. 132 Note 78. Daher kann der Erbe als Käufer oder Verkäufer und als Nachfolger des Erblaſſers, der einen Kaufvertrag über dieſelbe Sache geſchloſſen hatte, doppelt berechtigt oder verpflichtet ſein. L. 10 D. de A. E. V. 19. 1. Non est novum, ut duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant: cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres exstiterit, constat duas esse actiones in ejusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam .... Ex contrario quoque si venditori heres exstiterit, palam est, duas evictiones eum praestare debere. L. 18 D. de O. et A. 44. 7. Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem; et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret. Desgleichen hat die Beerbung des Hauptſchuldners durch den Bürgen und umgekehrt auf den Fortbeſtand von Hauptſchuld und Bürgſchaft dann keinen Einfluß, wenn beide Verpflichtungen von ungleicher Stärke oder Realiſirbarkeit ſind, während ſonſt die Bürgſchaftsſchuld allerdings erliſcht, da niemand für ſich ſelbſt Bürge (L. 21 §. 2 D. de fid. 46. 1), zugleich Haupt- und Nebenſchuldner ſein kann. L. 5 D. de fidejuss. 46. 1. Generaliter Julianus ait, eum qui heres exstitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri. Denique scripsit, si fidejussor heres exstiterit ei pro quo fidejussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fidejussionis liberari. Reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest reperiri quae obligatio quam perimat: at in fidejussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est. Nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alteram per alteram perimi: cum vero duae ejusdem sint potestatis, non potest reperiri, cur altera potius quam altera consumeretur .... L. 14. 21 §. 3 eod. L. 93 §. 2. 3 D. de solut. 46. 3. L. 95 §. 3 eod. Quod vulgo jactatur, fidejussorem qui debitori heres exstitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur .... L. 21 §. 2 D. de fidejuss. L. 38 §. 5 D. de solut. 46. 3 (zu dieſer Stelle vgl. Girtanner, die Bürgſchaft S. 511 fg.). L. 3 pr. D. de separ. bon. 42. 6. Girtanner S. 490 fg. Arndts, Pandekt. §. 357 Anm. 1. Auf ſolche Fälle der plenior fidejussoris obligatio mögen die unbefriedigenden Schlußworte des auch ſonſt nicht gelungenen §. 1445 zu beziehen ſein: arg. verba: „wenn Verhältniſſe von ganz verſchiedener Art eintreten“ (weſtgal. Geſetzb. III §. 585). Vgl. jedoch einerſeits Zeiller IV S. 178 und andererſeits Stubenrauch III S. 688. 689, der aber überſieht, daß man auch auf gemeinrechtlichem Gebiet die Vereinigung der Hauptſchuld und der Bürgſchaftsſchuld in Einer Perſon, wodurch letztere regelmäßig erliſcht, Confuſio nennt. Arndts §. 273 Anm. 2. Endlich kann die doppelte Poſition des Erben auch dann von praktiſcher Bedeutung ſein, wenn er

als Correus einen Correus beerbt. L. 13 D. de duob. reis 45. 2. L. 5. 71 pr. D. de fidejuss. 46. 1. L. 93 pr. §. 1 D. de solut. 46. 3. Mühlenbruch S. 92 fg. Arndts im R. L. S. 18. 19. Pandekt. §. 273.

[14] Daher iſt auch der (Beneficiar-) Erbe berechtigt (ja nach der ungar. Conc. Ordn. §. 26 ſogar verpflichtet), bei überwiegendem Schuldenſtand vor Einantwortung des Nachlaſſes die Eröffnung des Concurſes über denſelben zu verlangen. Conc. Ordn. v. 25. Dez. 1868 §. 62 Nr. 2. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 73. Es gilt alſo in dieſer Beziehung daſſelbe, was in einem andern Fall die L. 1 §. 6 D. de separ. 42. 6 ſagt: ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset. cf. Gaj. III 78. L. 5 C. de bon. 7. 72. — Auf dem gleichen Grunde beruht die Vorſchrift des §. 178 Geſ. v. 9. Aug. 1854 über die unmittelbare bücherliche Eintragung vermachter oder während der Abhandlung veräußerter Erbſchaftsſachen auf den Namen des Legatars oder Käufers.

[15] Daß während des petitoriſchen Erbrechtsſtreites jeder Theil „einſtweilen die gerichtliche Sequeſtration des Nachlaſſes anſuchen kann“ (§. 127 Geſ. v. 9. Aug. 1854), beruht gleich der Anordnung des §. 348 a. b. G. B., auf alter deutſcher Rechtsanſchauung, wonach wenn Zwei um Erbe ſtreiten, der Richter das Gut in ſeine Gewalt nehmen und jene vor ihm darum ſtreiten ſollen. Sachſenſp. III 15 §. 3. Schwabenſp. Cap. 264. Für den Fall, daß dem einen Erbprätendenten die Verwaltung des Nachlaſſes bereits eingeräumt iſt, beſtimmt §. 127 cit., daß die von der andern Partei angeſuchte Sequeſtration „nur nach der Vorſchrift der Gerichtsordnung ſtatt haben könne“: darunter iſt §. 293 A. G. O. (§. 388 galiz., §. 377 ital., §. 427 ungar. G. O.), nicht, wie Stubenrauch II S. 786 Note ** meint, §. 292 A. G. O. (§. 387 galiz., §. 376 ital., §. 425 ungar. G. O.) zu verſtehen, da der letztere Paragraph einen poſſeſſoriſchen Streit (§. 347 a. b. G. B.) vor Augen hat, während §. 293 ſich auf einen petitoriſchen Streit bezieht, wie er eben auch hier ſtattfindet, und unter „Beſitz“ im §. 293 nur das faktiſche Haben, die concrete Möglichkeit, den ſtreitigen Gegenſtand „zu veräußern, zu verderben oder Schaden nehmen zu laſſen“, zu verſtehen iſt. — Einem ſolchen Erbſchaftsſequeſter werden in der Regel zugleich die Funktionen eines Verlaſſenſchaftscurators (§. 811 a. b. G. B. §. 129. 145 Geſ. v. 9. Aug. 1854) zu übertragen ſein.

[16] Die irrige Behauptung Zeiller's II S. 850. 867, daß der Erbe vor ergangener Einantwortung „ſeinen Beſitztitel in das öffentliche Buch eintragen laſſen könne“, haben bereits Rippel V S. 206. 207 und Stubenrauch II S. 787 Nr. 7 zurückgewieſen.

[17] Nach erfolgter Erbserklärung haben die Erbſchaftsgläubiger ihre Klage gegen den Erben, jedoch nur als Verlaſſenſchaftsvertreter (vgl. §. 550), nicht suo nomine, zu richten; Hfdkrt v. 19. Jänn. 1790 (J. G. S. Nr. 1094): die Behauptung, daß ſie auch dann noch die Beſtellung eines (anderweitigen) Verlaſſenſchaftsvertreters begehren können (Stubenrauch II S. 789 Nr. 5), verſtößt gegen die angeführte poſitive Vorſchrift, gegen den klaren Sinn des §. 811 und gegen die ratio juris. Vgl. Abh. S. 146 Note 1. Vgl. auch Rippel V S. 206 Nr. 5. Widerſprechend ſind die Entſcheidungen in der Samml. Nr. 48. 461. Aus dem gleichen Grunde

gehören vor erfolgter Einantwortung alle Klagen, welche sich auf die Verlassenschaft beziehen, vor das Forum des Abhandlungsgerichtes, und erst nach geschehener Ausfolgung des Nachlasses vor das Forum des Erben. §. 37 Jur. Norm v. 20. Nov. 1852.

[18] Die rechtzeitige Geltendmachung dieses Vorzugsrechtes ist in der Regel den Erbschaftsgläubigern selbst anheimgegeben (§. 811. 817. 688. vgl. oben §. 39 Note 9), welche sich somit ganz von selbst in der rechtlichen Stellung von Separatisten befinden. Diese Statuirung einer separatio legalis vor erfolgter Einantwortung, und überhaupt die ganze Behandlung des Erben in diesem Stadium läßt sich nicht billigen. Die Wirkungen des Erbeseins werden in unnatürlicher Weise und in Widerspruch mit §. 547 von dem Zeitpunkt der Erbantretung auf den Zeitpunkt der Einantwortung hinausgeschoben, so daß die rechtlichen Folgen der Erbeneigenschaft nicht mit ihrer Existenz, sondern erst mit ihrer amtlichen Anerkennung eintreten. Es ist allerdings ein ganz richtiger, schon bei Cicero (Keller, Grundr. S. 307. 308) annäherungsweise ausgesprochener Gedanke, daß die Erbschaft dem Erben nur insoweit Gewinn bringen kann und soll, als nach Abzug sämmtlicher Passiven ein positiver Rest bleibt. Allein im österr. Recht hat man das richtige Verhältniß geradezu umgekehrt und den willkürlich gebildeten Satz: hereditas non intelligitur (datur) nisi deducto aere alieno auf die Spitze getrieben: während dem Erben in der That der ganze Nachlaß gebührt, wovon er aber nur den nach Abzug der Schulden sich ergebenden Überschuß behalten kann, soll ihm nach jener verkehrten, auch noch im heutigen Recht fortwirkenden und in unserer Literatur allgemein herrschenden Auffassung von vornherein nur der reine Nachlaß gebühren, so daß er nur den positiven Überschuß erhalten soll. Vgl. darüber und dawider Berl. Abhandl. S. 151 fg. 156 fg.

[19] Die Streitfrage, ob das Erbrecht selbst resp. die Erbschaft im Ganzen oder nur die einzelnen Erbschaftsstücke Gegenstand der Sicherstellung seien — eine Streitfrage übrigens, die niemals hätte aufgeworfen werden sollen (vgl. die zahlreiche Literatur bei Stubenrauch II S. 811 Note **) —, ist durch das Hofdkrt v. 3. Juni 1846 (Michel II Nr. 1191) mit Recht dahin gelöst worden, daß „dem Gläubiger des Erben Verbot, Pfändung oder Vormerkung nur auf einzelne Erbschaftssachen, nicht auf das Erbrecht im Ganzen bewilligt werden könne." Über die Realisirung dieser Sicherstellung in Ansehung von Erbschaftsrealitäten vgl. Landtafelpat. v. 22. April 1794 §. 21; das Nähere im Sachenrecht. Samml. Nr. 339. Solche Sicherstellungsmaßregeln können somit das gesetzliche Vorzugsrecht der Erbschaftsgläubiger nicht verkümmern (cf. L. 1 §. 3 D. de separ. 42. 6) und nur unter der Bedingung und vom Zeitpunkt der erfolgenden Einantwortung an gegenüber den anderweitigen Gläubigern des Erben, wozu aber von dem Moment der Einantwortung an auch die Erbschaftsgläubiger gehören, praktisch wirksam werden. Daher bestimmt auch §. 822, nach dem Vorbild des angef. §. 21, daß „eine solche Sicherstellung nicht anders als mit dem ausdrücklichen Vorbehalt ertheilt werden kann, daß sie den bei (nicht: nach) der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig und erst von Zeit der erlangten Einantwortung wirksam sein solle."

[20] Über die formelle Seite der Einantwortung: §. 149 fg. 174 fg. Ges. v. 9. Aug. 1854; über successive Einantwortung des Nachlasses: §. 145 Abs. 2 ebda.

Vgl. auch Samml. Nr. 39. 191. Ganz irrig iſt die vielverbreitete Anſicht (Zeiller II S. 863 Nr. 2. Stubenrauch II S. 807 Nr. 7), daß der Erbe nicht ſchon durch die Erbantretung (§. 547), ſondern erſt durch die Einantwortung §. 797. 819) das Eigenthum an den einzelnen Erbſchaftsſachen erlange: „die Einantwortung der Erbſchaft iſt ſowenig ein Act der Eigenthumsübertragung als etwa die Übergabe des Vermögens von Seiten des Vormunds an den volljährig gewordenen Mündel.“ Syſtem II §. 74 Note 24. Berl. Abhandl. S. 107 Note 3. Die richtige Anſicht hat ſchon Schuſter, zwei Abhandl. (1830) S. 198 Note 1 vertheidigt. Das Eigenthum jedoch, welches der Erbe ſofort durch die Erbantretung erwirbt, iſt vor der Einantwortung allerdings eine Art dominium dormiens, ein in ſeiner praktiſchen Geltung und Realiſirung noch gehemmtes Recht.

[21] So ſagt auch Zeiller II S. 866. 867: „Von dieſem Zeitpunkte an hört die Abſonderung der Verlaſſenſchaft von dem Vermögen des Erben mit allen darauf ſich beziehenden Vorrechten der Erbſchaftsgläubiger auf.“

[22] „Es mag immerhin gebilligt werden, daß dritte Perſonen, welche ſich mit dem immittirten Erben in entgeltliche Rechtsgeſchäfte in Anſehung des Nachlaſſes eingelaſſen haben, auch gegenüber dem wahren Erben, der mit der hereditatis petitio geſiegt hat, geſchützt werden: viel zu weit jedoch geht in materieller Beziehung der in formeller Beziehung zu enge und auch ſonſt ungenau gefaßte Schlußſatz des §. 824 (weſtgal. Geſetzb. II §. 639), wonach ‚ein dritter redlicher Beſitzer für die in der Zwiſchenzeit erworbenen Erbſchaftsſtücke niemanden verantwortlich‘ ſein ſoll, alſo ſelbſt in dem Fall nicht, wenn er einzelne Erbſchaftsſachen unentgeltlich erworben hat oder wenn ihm eine Erbſchaftsſchuld unentgeltlich erlaſſen wurde.“ Unger, die Berl. Abh. S. 199. 200. 193 Note 3. Vgl. §. 50 Anm. 8. Ganz verfehlt ſind die weitläufigen hyperklugen Ausführungen von Füger, Erbr. I S. 108 fg.

2. Modifikationen derſelben.

a) Durch Gütertrennung.

§. 41.

Erbſchaftsgläubiger aller Art (Gläubiger des Erblaſſers[1], Pflichttheilsberechtigte und Vermächtnißnehmer), welche die Concurrenz mit anderen Gläubigern des Erben befürchten, können die Trennung oder vielmehr die Nichtvereinigung der Erbſchaft mit dem anderweitigen Vermögen des Erben begehren (§. 812)[a]. In Folge dieſer Rechtswohlthat[2], welche noch vor erfolgter Einantwortung des Nachlaſſes angeſucht[3] werden muß (§. 812), wird der ſchon während der Verlaſſenſchaftsabhandlung beſtehende Zuſtand[b] aufrechterhalten[4]: die beiden Gütermaſſen bleiben faktiſch und rechtlich

[a] Dig. de separationibus 42. 6. C. de bonis ... et de separ. bon. 7. 72. [b] Vgl. oben §. 40. [c] L. 1 §. 1. 3. 17 L. 3 §. 2 L. 5 D. h. t.

getrennt, so daß man es fortwährend gleichsam mit zwei Schuldnern und zwei verschiedenen Vermögen zu thun hat[5]. Die Erbschaftsgläubiger bewahren sich auf diese Art das Recht, vor den eigenen Gläubigern des Erben[c] aus der Erbschaft, welche vom Gericht zu verwahren[6] oder von einem Curator zu verwalten ist, befriedigt zu werden[7], verlieren aber das Recht, anderweitiges Vermögen des Erben in Anspruch zu nehmen, mag gleich dieser die Erbschaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben (§. 812; vgl. §. 1445)[8].

Anm. [1] Gläubiger des Erben haben den Anspruch auf Gütertrennung nicht: nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem (L. 1 §. 2 D. h. t. 42. 6. System I §. 10 Note 29); selbst nicht wenn der Erbe in fraudem creditorum unbedingt antritt (cf. L. 1 §. 5 eod.; vgl. hess. Entw. Art. 277): „das österr. Recht schützt eben überhaupt die Gläubiger nicht hinlänglich gegen die Arglist des Schuldners." Berl. Abh. S. 150.

[2] Es ist dies ein wahres (prätorisches) beneficium separationis, ein remedium indemnitatis (L. 1 §. 5 D. h. t. L. 2 C. eod.), welches aber immerhin auf durchaus gerechtfertigten Billigkeitsgründen beruht. L. 1 pr. §. 1. 14 D. h. t. Brinz §. 157. Keller, Grundr. §. 316 Nr. III. Pandekt. §. 536. Vgl. auch Heimbach im R. L. I S. 917 fg. Zeiller II S. 852. 853, von dem alten unrichtigen Gesichtspunkt ausgehend, daß dem Erben von vornherein nur der reine Nachlaß gebühre, erklärt (unter Beistimmung von Rippel V S. 209 und Stubenrauch II S. 790) das Separationsrecht als ein wahres Recht der Erbschaftsgläubiger, „unmittelbar aus der Verlassenschaft des Verstorbenen bezahlt zu werden, daher man ihnen gegen ihren Willen keinen anderen Schuldner aufdringen könne": vgl. dagegen Berl. Abh. S. 154 Note 9.

[3] Die Erbschaftsgläubiger haben dieses Recht auch dann nicht von selbst, wenn der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hat: dieses Beneficium dient (nur) zum Schutz des Erben (vgl. §. 42 Anm. 9), jenes zum Schutz der Gläubiger. Mühlenbruch Bd. 41 S. 378 fg. Arndts im R. L. IV S. 20. Pandekt. §. 524 Anm. 1. Unger, die Berl. Abh. S. 157 Note 10. Unrichtig nach allen Seiten Stubenrauch II S. 790 Nr. 2. Das Beneficium steht auch bei bedingter oder betagter Forderung zu (L. 4 pr. D. h. t.); es kann von den Gläubigern des ersten Erblassers gegen die Gläubiger sowohl des zweiten Erblassers als des zweiten Erben geltend gemacht werden. L. 1 §. 8 eod. Der Impetrant braucht eine wirkliche Gefahr nicht einmal zu bescheinigen. Vgl. Dworzak in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 10 Lit. Bl. S. 66. Samml. Nr. 617.

[4] „In Folge der Einantwortung hört die bisher (vgl. oben §. 40) angenommene rechtliche Separation auf: die Erbschaftsgläubiger haben sich nunmehr an den Erben, nicht an die Erbschaft zu halten. Dieser möglicherweise nachtheiligen Veränderung können die Erbschaftsgläubiger dadurch vorbeugen, daß sie von der Rechtswohlthat der Absonderung Gebrauch machen: sie verhindern dadurch die rechtliche

Vereinigung der beiden Vermögensmassen, die in dieser Beziehung nicht erst getrennt werden, sondern vielmehr getrennt bleiben. Haben die Erbschaftsgläubiger vor der Einantwortung diesen Anspruch nicht geltend gemacht, so wird es so angesehen, als hätten sie darein gewilligt, den Erben als ihren persönlichen Schuldner anzunehmen. Dies ist der (von unseren Schriftstellern gänzlich verkannte) Grund, warum nach erfolgter Einantwortung das Separationsrecht nicht geltend gemacht werden kann: die Erbschaftsgläubiger erscheinen als creditores qui heredem secuti sunt, qui quodammodo eum elegerunt, nec possunt jam se ab eo separare (L. 1 §. 10. 11. 15. 16 D. h. t. 42. 6) .... Diese Annahme stillschweigender Einwilligung in die Einantwortung ist um so weniger zu billigen, als möglicherweise die Separationsberechtigten von dem Todesfalle oder doch von der nahe bevorstehenden Einantwortung des Nachlasses keine Kenntniß haben (arg. §. 811. 817), so daß leicht gegen den Grundsatz verstoßen wird: ignorantis nulla est voluntas .... Die Erbschaftsgläubiger sind somit nach österr. Recht bald besser bald schlechter daran, als nach gemeinem Recht: besser vor der Einantwortung, wenn sie ihren Anspruch geltend machen, da sie dann ohne weiteres den Gläubigern des Erben vorgehen (§. 822); schlechter nach der Einantwortung, da sie hiemit definitiv um ihr bisher nicht geltend gemachtes Separationsrecht kommen. Das Absonderungsrecht selbst aber hat im österr. Recht insofern eine zwitterhafte Stellung, als es die separatio bonorum nicht erst bewirkt, sondern nur die ohnehin vor der Einantwortung stattfindende Separation erhält ....“ Verl. Abhandl. S. 150...158. Aus dem angegebenen Grunde (quia fidem heredis secuti sunt) können die Erbschaftsgläubiger im Fall nachträglicher Auffindung von Bestandtheilen des eingeantworteten Nachlasses (§. 179 Ges. v. 9. Aug. 1854) das Separationsrecht nicht in Anspruch nehmen, welches sie vor erfolgter Einantwortung nicht geltend gemacht haben; wohl aber im entgegengesetzten Fall. Vgl. auch Stubenrauch II S. 792. 793 und Ellinger zu §. 812 gegen Schiestl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1844 II Nr. 27. Bei der Behauptung, daß der Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Erben dem Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger nicht im Wege stehe (Schiestl im Jurist. Bd. 19 S. 76 fg. Stubenrauch II S. 794), scheint man entweder zu übersehen, daß nach österr. Recht (§. 812) das Separationsrecht nach erfolgter Einantwortung überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden kann, oder, wenn man an eine Concurseröffnung vor erfolgter Einantwortung des Nachlasses denkt, etwas ganz Selbstverständliches zu sagen, da vor diesem Zeitpunkt die beiden Vermögensmassen des Erblassers und der Erben vollständig getrennt sind, was Schiestl (vgl. insbes. S. 78 Note 1) gänzlich verkennt und daher ohne Grund Schwierigkeiten findet.

[5] L. 1 §. 1 D. h. t. .... et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem ... impetrareque, ut separatim quantum cujusque creditoribus praestetur. L. 5 eod. ..... cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt .... Proprii autem heredis creditores habent propria ejus bona et personam .... L. 1 §. 17 eod. (Anm. 7). „Das Prinzip der Separation ist die Aufhebung der Identität zwischen Erblasser und Erben.“ Keller, Pandekt. S. 1005. Über die wohl durch Zeiller II S. 854 Nr. 4 veranlaßte unrichtige Auffassung des in §. 812 normirten Separationsrechtes von Seite mancher österr. Schriftsteller

(Rippel V S. 212. Winiwarter III S. 432. Stubenrauch II S. 790. 791) vgl. Verl. Abh. S. 154. 155.

[6] In Ansehung des Anspruchs auf Siegelung und Inventarisirung des Nachlasses (§. 44. 92 Ges. v. 9. Aug. 1854) sind die Erbschaftsgläubiger nach österr. Recht nicht hinlänglich geschützt. Verl. Abh. S. 149.

[7] Die Geltendmachung dieser Rechtswohlthat von Seite des einen Gläubigers nützt und schadet dem andern nicht. L. 1 §. 16 D. h. t. Die Unterscheidung, welche Rippel V S. 211 fg. und Stubenrauch II S. 793 in dieser Beziehung zwischen bedingter und unbedingter Erbantretung machen wollen, ist unrichtig: sie beruht auf einer Verwechslung des Umfangs der Ansprüche mit dem Vorrecht auf Befriedigung derselben aus der Erbmasse vor andern Gläubigern. — Natürlich sind aus der abgesonderten Erbschaft zuerst die impetrirenden Gläubiger des Erblassers und hierauf erst die Notherben und Legatare zu befriedigen. L. 6 pr. L. 4 §. 1 D. h. t. Der Überschuß fällt an den Erben resp. dessen Gläubiger. L. 1 §. 17 L. 3 §. 2 L. 5 D. h. t. — Daß unter „Vormerkung" in §. 812 nichts anderes als eine gerichtliche Anmerkung (Notirung) zum Zweck der Berücksichtigung bei der Vertheilung des Nachlasses zu verstehen sei, ist außer Zweifel. Rippel V S. 211. Winiwarter III S. 432. 433. Stubenrauch II S. 791. Ellinger zu §. 812.

[8] L. 1 §. 17 D. h. t. Item sciendum est vulgo placere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cujus rei ratio illa est: quod qui impetraverint separationem, sibi debeant imputare suam facilitatem, si cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari: heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit .... L. 5 eod. Anm. 5. (Eine abweichende Meinung in L. 3 §. 2 eod. Keller, Grundr. S. 309). Natürlich aber kann sich der Separatist dennoch an das (eigene) Vermögen des Erben halten, wenn dieser seinen Bürgen beerbt hat. L. 3 pr. §. 1 D. h. t. Vgl. Keller, Pandekt. §. 539. (Nach dem hess. Entw. Art. 284 sollen die Separatisten ihren Anspruch auf das eigene Vermögen des sine beneficio inventarii succedirenden Erben behalten.)

b) Durch Inventarserrichtung[1].

§. 42.

Von der unbeschränkten Haftungspflicht für die Schulden des Erblassers (§. 547. 801) kann sich der Erbe befreien[2] durch den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars (§. 800)[a]. Dieser Vorbehalt, welcher dem Erben auf keine Weise benommen werden kann (§. 803)[3], muß im Falle gerichtlicher Erbantretung[4] sofort

[a] L. 22 C. de jur. delib. 6. 30. §. 6 I. de her. qual. 2. 19. cf. Nov. 1 c. 2.

bei der Erbserklärung geltend gemacht werden (ſog. bedingte[b] oder beſchränkte Erbserklärung; §. 800. 802. 806. 807). Die Errichtung des Vermögensverzeichniſſes geſchieht durch das Gericht (§. 803) in der dafür vorgeſchriebenen Form[5].

Durch die Einräumung und Geltendmachung dieſer Rechtswohlthat ſoll der Erbe überhaupt von den Nachtheilen befreit werden, welche für ihn aus der Erbantretung entſtehen können[6]. Obwohl der Vorbehaltserbe Erbe und Herr des Erbvermögens iſt und bleibt, wird er doch zu jenem Zweck in gewiſſen Beziehungen wie ein Nichterbe (§. 1445)[7], wie ein bloßer Vertreter des Nachlaſſes behandelt und daher insbeſondere ſeine Haftung für die Schulden des Erblaſſers auf den Umfang und die Mittel der Erbſchaft eingeſchränkt (§. 802)[8]. Es findet ſomit eine rechtliche Trennung der beiden Vermögensmaſſen im Intereſſe und zu Gunſten des Erben[9] ſtatt (vgl. §. 1445): die eingeantwortete Erbſchaft bildet einen rechtlich abgeſonderten Beſtandtheil des Vermögens des Vorbehaltserben. Dieſer behält zwar an ſich das freie Verfügungsrecht über jenes Sondergut[10], allein er hat daſſelbe im Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger wie ein fremdes mit aller Sorgfalt zu verwalten[c] und darüber Rechnung zu legen[11]. Da die Erbſchaftsgläubiger an die Erbſchaft als ausſchließlichen Zahlungsfond gewieſen ſind, ſo trifft Gedeih und Verderb der eingeantworteten Erbſchaft mittelbar auch ſie[12]. Zu den Erbſchaftsgläubigern gehört auch der Vorbehaltserbe ſelbſt, ſowohl mit ſeinen eigenen Forderungen an den Erblaſſer (§. 802)[d], als mit ſeinen Anſprüchen auf Erſatz der Koſten der Beſtattung des Erblaſſers (§. 549) und der Inventarserrichtung (§. 802; Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 111) ſowie anderer für die Erbmaſſe gemachter Auslagen, welche letztere vorweg vom Nachlaß abzuziehen ſind (§. 802. 549)[13]; dagegen muß der Vorbehaltserbe auch, was er dem Erblaſſer ſchuldete, in die Erbmaſſe einzahlen (§. 1445).

Der Vorbehaltserbe darf die Gläubiger des Erblaſſers nicht ſo wie ſie ſich melden befriedigen[14]: es iſt vielmehr ſeine Pflicht, ſie innerhalb angemeſſener Friſt mittelſt gerichtlichen Ediktes einzuberufen und den Nachlaß unter ſie concursmäßig zu vertheilen (§. 813...

[b] Vgl. Syſtem II §. 82 Note 2. [c] cf. L. 7 §. 2. 3 D. de tribut. act. 14. 4. [d] Samml. Nr. 146.

815). Das hieraus entspringende erbschaftliche Liquidationsverfahren[15], welches sowohl vor als nach der Einantwortung der Erbschaft eingeleitet werden kann[16], hat den Zweck, dem Vorbehaltserben eine Übersicht über die Schulden des Erblassers zu verschaffen (§. 813) und ihn in den Stand zu setzen, die Gläubiger in der gesetzlichen Rangordnung zu befriedigen (vgl. §. 815)[17]. So lange dieses Verfahren währt, steht jede Exekution auf das Erbvermögen stille (§. 813)[18]. Die Gläubiger, welche sich nicht rechtzeitig gemeldet haben, können sich, dafern ihre Forderung nicht durch ein Pfandrecht gesichert ist[19], nur an den etwa noch vorhandenen Rest der Erbschaft halten (§. 814)[20]. Die Unterlassung der Gläubigerconvocation hat die unbeschränkte Haftung des Vorbehaltserben für die cridamäßige Befriedigung der Gläubiger zur Folge (§. 815).

Anm. [1] Buchholtz in der Gieß. Zeitschr. Bd. 10 Nr. 10 S. 402 . . . 423. Heimbach im R. L. I S. 909 fg. Mühlenbruch Bd. 41 S. 355 fg. Keller, Grundr. S. 316 Nr. II.

[2] Mit Unrecht behauptet Zeiller II S. 838, daß die Gläubiger des Erblassers „an sich nur ein Recht haben, aus der Verlassenschaft befriedigt zu werden": sie haben vielmehr umgekehrt „an sich" das Recht, aus dem gesammten Vermögen des Erben als ihres nunmehrigen persönlichen Schuldners befriedigt zu werden und dieser kann sich nur durch das eigenthümliche und anomale (Ihering, Abhandl. S. 153 Note 1) beneficium inventarii (§. 800 fg.) von der unbeschränkten Haftung befreien. Vgl. Brinz §. 158. Anders steht es in jenen Ländern, wo sich der deutsch-rechtliche Grundsatz erhalten hat, daß der Erbe von vornherein nur im Umfang der Erbschaft für die Nachlaßschulden hafte (vgl. sächs. Gesetzb. §. 2328): fordert man in solchen Ländern dennoch die Errichtung eines Inventars, so soll dieses die prinzipiell beschränkte Haftung des Erben nur sichern, nicht erst bewirken. Verlass. Abh. S. 22. 23. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2331. Mühlenbruch S. 436 fg. Über das Eindringen der „Römerey" der Haftung über den Nachlaß hinaus in Deutschland und über die damit in Verbindung stehende Inventarserrichtung vgl. Stobbe in den Jahrb. f. gem. R. V S. 308. 309.

[3] Die der Erbeinsetzung hinzugefügte Bedingung der Unterlassung der Inventarserrichtung wird daher pro non adjecta gelten müssen. Vgl. Nippel V S. 188. Winiwarter III S. 420. Stubenrauch II S. 776. Anders nach gem. Recht. Mühlenbruch S. 434. 435. Auch durch Erbittung einer Deliberationsfrist (§. 118. 119 Ges. v. 9. Aug. 1854) wird der Erbe, in passender Abweichung vom gem. Recht (L. 22 §. 13. 14 C. h. t. Arndts, Pand. §. 523 Anm. 1), von der Rechtswohlthat des Inventars nicht ausgeschlossen. Verl. Abh. S. 128.

[4] Unbedenklich kann auch im Fall außergerichtlicher Erbantretung der Erbe vom Gericht die Aufnahme eines Inventars verlangen, und dieses ist in Folge der

Ausbildung, welche die freiwillige Gerichtsbarkeit erfahren hat (Österley, Versuche aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1830), ohne weiters hiezu verbunden. So kann insbesondere der Erbe, der sich während der Verlassenschaftsabhandlung nicht melden wollte oder nicht melden konnte (vgl. §. 180 Ges. v. 9. Aug. 1854), die freiwillige oder kraft richterlichen Urtheils (§. 823) erfolgende Übergabe der Erbschaft nur unter richterlicher Inventarisirung entgegennehmen, um sich gegen die Nachtheile unbeschränkter Haftung sicherzustellen, wie denn umgekehrt auch die Erbschaftsgläubiger dem siegenden Erbschaftskläger gegenüber noch das beneficium separationis (vor Vollziehung der Restitution der Erbschaft) geltend machen können. Diese rechtliche Möglichkeit erkennt auch Zeiller II S. 845 Nr. 5 an. Die richtige Ansicht vertheidigt Schiestl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1846 I Nr. 7. II S. 224 fg., jedoch von der unrichtigen Voraussetzung ausgehend, daß eine neuerliche Abhandlung stattzufinden habe. Letzteres läugnet Stubenrauch II S. 823. 824 mit Recht, behauptet aber mit Unrecht, daß nach erfolgter Einantwortung weder beneficium inventarii noch beneficium separationis von dem resp. gegen den siegenden Erbschaftskläger in Anspruch genommen werden könne. Die Anordnungen der §§. 800 fg. 812 stehen der hier vertheidigten Auffassung durchaus nicht im Wege, da sie eben nur den gewöhnlichen Gang der Verlassenschaftsabhandlung vor Augen haben.

[5] Ges. v. 9. Aug. 1854 §§. 93...113. 179. Nach österr. Recht (vgl. dagegen L. 22 §. 10 C. h. t. 6. 30. Mühlenbruch S. 409. 435. 436) ist unpassender Weise kein civilrechtlicher Nachtheil auf die Unterschlagung oder Verheimlichung von Inventursgegenständen gesetzt. Verl. Abhandl. S. 164. Über die Zulässigkeit des Manifestationseides vgl. A. G. O. §. 219. 220. Westgal. Gesetzb. II §. 617. Mühlenbruch S. 409 fg. Da die Errichtung des Inventars durch das Gericht in kurzer Zeitfrist vollzogen wird, so wird nach österr. Recht mit gutem Grund die Verjährung der Klagen der Erbschaftsgläubiger nicht gehemmt, wie dies nach gem. Recht (L. 22 §. 11 C. h. t. 6. 30) der Fall ist, welches dem Erben eine Frist von drei Monaten resp. einem Jahr zur Errichtung des Inventars gewährt (L. 22 §. 2. 3. 11 cit.) Vgl. auch System II §. 121 Note 11.

[6] L. 22 §. 4 C. h. t. 6. 30.... Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant .... et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. §. 13 eod. ... licet eis et adire hereditatem et sine damno ab ea discedere.... Natürlich kommen diese vortheilhaften Wirkungen dem Erben nur dann zu statten, wenn er selbst um die Errichtung des Inventars angesucht hat, nicht auch wenn das Inventar auf Verlangen oder im Interesse anderer Personen (§. 804; Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 92) errichtet wurde; vgl. auch §. 807. Mühlenbruch S. 427.

[7] Darum heißt es von dem Erben, der ohne Vorbehalt dieses Beneficium antritt, er sei durchwegs Erbe: L. 22 §. 12 cit...., Sin vero... inventarium... non fecerint, et heredes esse omnimodo intelligantur et debitis hereditariis in solidum (non secundum modum patrimonii §. 14) teneantur.... §. 14 ... sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum

in totum obligari .... Daher wird der Vorbehaltserbe auch die sein eigenes Vermögen betreffenden Verfügungen des Erblassers anfechten können, dafern er nicht aus der Erbschaft entschädigt ist. Vgl. Buchholtz S. 421 Nr. 8. Heimbach S. 915 lit. b. Zu weit geht wohl Mühlenbruch S. 380 fg. nach dem Vorgang von Schweppe, röm. Privatr. V §. 848.

[8] L. 22 pr. cit. .... quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur .... §. 4 ... ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant .... §. 15 ... in tantum teneantur, quantum in hereditate invenerint. §. 6 I. cit. 2. 19 ... licet eis et adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contigerit ... In der Schrift über die Verlass. Abhandl. S. 161...165 habe ich die Ansicht aufgestellt und durchgeführt, daß nach heutigem österr. Recht der Vorbehaltserbe (nach erfolgter Einantwortung) zwar nur im Umfang der Erbschaft (im Betrag des Nachlaßwerths), aber mit seinem gesammten Vermögen hafte, daß er also zwar pro viribus hereditatis, nicht aber cum viribus hereditatis für die Schulden des Erblassers einstehe. Diese Ansicht, welche von Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 10 Lit. Bl. S. 66 nicht beanstandet, von Harrasowsky, Grundzüge der Verl. Abh. S. 61. 65 unbedenklich angenommen wurde, finde ich bei wiederholter Prüfung unhaltbar. Zunächst ist es schon bedenklich anzunehmen, daß eine so wichtige und erhebliche Änderung des bisherigen Rechts — denn früher galten auch in Österreich unzweifelhaft die Bestimmungen des röm. Rechts über die Wirkungen des benef. inventarii (vgl. Anm. 10) — nur so nebenher und in so unbestimmter und undeutlicher Art eingeführt worden sei. Dazu kommt in entscheidender Weise, daß die betreffenden Anordnungen des bürg. Gesetzb. sich ungezwungen nicht anders als in einer der gemeinrechtlichen Auffassung und Behandlung entsprechenden Weise erklären lassen. So heißt es schon vorab in §. 802 (westgal Gesetzb. II §. 614), daß der Vorbehaltserbe nur insoweit hafte, als „die Verlassenschaft hinreicht", nicht, wie es sonst hätte heißen müssen: „soweit der Werth der Verlassenschaft reicht." Wenn ferner in §. 812 als Folge der separatio bonorum bezeichnet wird, daß der Erbe, obschon er sich unbedingt erbserklärt hat, dennoch „aus eigenem Vermögen nicht mehr zu haften" habe, so darf daraus geschlossen werden, daß er als Vorbehaltserbe ohnehin nicht mit seinem eigenen Vermögen haften würde. Zu dieser Interpretation nöthigen ferner geradezu die §§. 813 ...815, indem hienach den präkludirten Gläubigern „an die Verlassenschaft kein Anspruch zusteht" und die Unterlassung der Gläubigerconvocation den Nachtheil nach sich ziebt, daß auch der Vorbehaltserbe „mit seinem ganzen Vermögen" zu haften hat. Endlich spricht gegen jene Behauptung auch der Umstand, daß zur Fixirung des Haftungsumfangs des Vorbehaltserben eine nochmalige Schätzung der Erbschaft zur Zeit der Einantwortung erforderlich wäre, die aber bekanntlich nicht stattfindet. Bei dieser Sachlage ist es gewiß gerathen, zu der Ansicht zurückzukehren, daß auch nach heutigem österr. Recht die sub beneficio inventarii angetretene und eingeantwortete Erbschaft eine von dem übrigen Vermögen des Erben gesonderte Existenz führe und daß der Vorbehaltserbe nicht nur pro sondern auch nur cum viribus hereditatis hafte, eine Ansicht, welche auch Zeiller II S. 838. Rippel V S. 186

Nr. 8. Winiwarter III S. 419 und Stubenrauch II S. 772. 773 theilen. Hienach muß denn auch der Vorbehaltserbe, der von Erbschaftsgläubigern geklagt wird, nicht nur bedingt (beschränkt) verurtheilt (Entsch. des oberst. Gerichtsh. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1842 I Nr. 9), sondern auch beschränkt (nach Kräften der Erbschaft) exequirt werden, was unter Umständen ein besonderes auch sonst (System II §. 131 Note 18) vorkommendes Liquidationsverfahren in der Exekutionsinstanz nothwendig machen mag, dessen Zulässigkeit Zlobitzky in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1841 II Nr. 10 mit Unrecht bestreitet.

[9] Aber auch nur zu Gunsten des Erben: daher bedürfen die Erbschaftsgläubiger der Geltendmachung des benef. separationis, um nachtheilige Verfügungen des Erben und den Zugriff der (anderweitigen) Gläubiger des Erben abzuhalten. Mühlenbruch S. 378 fg. Arndts im R. L. IV S. 20. Vgl. oben §. 41 Anm. 3.

[10] L. 22 §. 6. 8 C. cit. Mit vollem Recht erklärte das Hofdkt v. 9. April 1737 (Verl. Abh. S. 161. 162 Note 18): „Wenn die Erben sich des beneficii legis et inventarii nur zu ihrer Sicherheit wegen Ungewißheit des Vermögens oder Schulden bedienen, die Erbschaft aber wirklich in Besitz nehmen, so werden solche Erben, ungeachtet des ihnen bleibenden beneficii legis et inventarii, vollkommen domini und können mit dem ererbten Vermögen, obwohl sie davon künftighin denen vorkommenden Creditoren Rechenschaft geben müssen, doch inmittelst und solange es nicht dolose in fraudem creditorum geschieht, pleno jure disponiren." Der Inhalt dieser Verordnung hat auch heutigen Tages noch volle Geltung.

[11] Dem Vorbehaltserben steht es wohl auch nach österr. Recht (cf. L. 7 §. 1 D. de trib. act. 14. 4. vgl. Lotz im civ. Arch. III S. 92 Note 18) frei, um die Aufstellung eines Curators anzusuchen, der den Nachlaß zu verwalten und zu vertheilen hat: arg. §. 690. Vgl. auch Zeiller II S. 838 Nr. 2. Die neueren Gesetzgebungen pflegen ausführliche Bestimmungen über die Verwaltung und Veräußerung des Erbvermögens durch den Vorbehaltserben zu enthalten. Verl. Abh. S. 163 Note 20.

[12] Vgl. Buchholtz S. 417 Nr. 4 und insbes. Mühlenbruch S. 404...408. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2330. Die richtige Ansicht hat schon der Wiener Heineccius I S. 424: „wenn die Erbschaftsstücke zu Grunde gehen, müssen die Gläubiger den Schaden tragen." Unrichtig oder doch ungenau Zeiller II S. 650.

[13] L. 22 §. 9 cit. In computatione autem patrimonii damus ei licentiam excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem vel in inventarii confectionem vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, non hae confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeant fortunam . . . .

[14] Nach gem. Recht (L. 22 §. 4...8 C. cit. Buchholtz S. 413 fg. Mühlenbruch S. 367 fg. Arndts, Pandekt. §. 523) und nach den meisten neueren Gesetzgebungen (vgl. jetzt auch sächs. Gesetzb. §. 2331. 2332) kann der Vorbehaltserbe die Gläubiger des Erblassers und die Vermächtnißnehmer, so wie sie sich melden, befriedigen

und es haben die nichtbefriedigten Gläubiger nur ein (im Einzelnen bestrittenes) Regreßrecht gegen die befriedigten Legatare und Creditoren. Zu dieser Behandlungsweise sollte man auch in Österreich zurückkehren und das erbschaftliche Liquidationsverfahren gänzlich aufgeben, da in der That kein Grund vorhanden ist, warum der Benefiziarerbe für das Interesse der Gläubiger des Erblassers zu sorgen und diese anders zu behandeln hat als die Legatare (§. 692. 693). „Höchstens könnte man den Erben berechtigen resp. verpflichten, im Interesse anderer ihm bekannter gleichberechtigter oder bevorzugter Gläubiger von dem sich meldenden Gläubiger vor oder selbst nach der Zahlung (arg. L. 3 §. 10 D. si cui plus 35. 3) Caution zu fordern; arg. L. 5 §. 19 L. 6. 7 pr. D. de tribut. act. 14. 4. Auch müßte der Erbe, wenn ihm die wirkliche oder zu befürchtende Insolvenz des Nachlasses bekannt ist, bei eigener Haftung Convocation der Gläubiger und sonstige concursmäßige Einleitungen veranlassen." Berl. Abh. S. 165...168. Vgl. jedoch auch Dworzak in der österr. Vierteljs. Bd. 10 Lit. Bl. S. 67.

[12] Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 133...136. Auch der Erbe sine beneficio mag die Gläubigerconvocation einleiten: sie ist aber für ihn wegen seiner unbeschränkten Haftung ohne alle praktische Bedeutung. Zeiller II S. 855. 856. Nippel V S. 214 Nr. 1. Stubenrauch II S. 802 Nr. 1. Ellinger zu §. 813. Unrichtig Füger I S. 71. 72. Nicht leicht begreiflich ist es, wie Harrasowsky, Grundzüge S. 65. 66. 71 behaupten kann, daß in Folge der Gläubigerconvocation in eine Verhandlung über die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen nicht eingegangen werde: heißt es denn nicht in §. 813 ausdrücklich, daß die Gläubiger „zur Anmeldung und Darthuung ihrer Forderungen" edictaliter aufgefordert werden, und spricht denn nicht §. 136 cit. von der „gerichtlichen Liquidation" der Forderungen, und woher weiß man denn, daß die Passiva die Aktiva übersteigen, wenn jene nicht festgestellt sind?

[16] Unhaltbar ist m. E. die Behauptung Stubenrauch's II S. 802 Nr. 11, daß das erbschaftliche Liquidationsverfahren nach erfolgter Einantwortung unzulässig sei. An inneren Gründen für diese Behauptung, wodurch die Verlassenschaftsabhandlung noch mehr in die Länge gezogen würde, fehlt es gänzlich. Wenn Stubenrauch sich darauf beruft, daß nach der Einantwortung an den Vorbehaltserben das Erbvermögen nicht mehr als gesonderte Masse existire, so ist er in entschiedenem Widerspruch mit sich selbst (S. 773 Nr. 1). Allerdings ist nach dem Hofdkrt v. 27. März 1846 (Wessely III Nr. 467) die vom Vorbehaltserben nach erfolgter Einantwortung begehrte Concurseröffnung unzulässig. Allein ganz abgesehen davon, ob diese Anordnung wirklich, wie sie behauptet, aus „den bestehenden Gesetzen" folgt, ist doch zu erwägen, daß nach erfolgter Einantwortung in Folge des freien Verfügungsrechts des Benefiziarerben nicht mehr res integra für das Concursverfahren vorhanden ist, und daß zwischen der gehässigen Concurseröffnung und der Einleitung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses doch noch ein erheblicher Unterschied ist. Daß aber auch die Erbschaftsgläubiger nach erfolgter Einantwortung die Concurseröffnung nicht mehr verlangen können, erklärt sich daraus, daß sie in diesem Zeitpunkt nach österr. Recht (§. 812) die Separation nicht mehr begehren können, welche hiezu erforderlich ist (Brinz S. 677. 678).

[17] „Es entspricht der Billigkeit, an dem Gedanken festzuhalten, daß die Gläubiger des Erblassers unter und gegen einander das Recht behalten und ausüben sol-

len, nach welchem sie im Concurs classificirt werden müßten, woraus aber noch durchaus nicht folgt, daß der Vorbehaltserbe für diese cridamäßige Vertheilung des Nachlasses unter die Erbschaftsgläubiger zu sorgen habe. Die Anwendung der Regel: occupantis melior est conditio und die Übertragung der für Gläubiger eines Lebenden geltenden Grundsätze auf die Erbschaftsgläubiger gegenüber einem Vorbehaltserben ist deshalb unpassend, weil dort doch noch die Person des Schuldners vorhanden bleibt, welche neues Vermögen erwerben kann, so daß man von jenen Gläubigern wie von den Gläubigern des Erben sagen kann: habent personam, quae potest donec vivit acquirere (L. 5 i. f. D. de separ. 42. 6) und weil doch auch bei einem Peculium wenigstens noch die Möglichkeit einer späteren Vermehrung desselben offen ist (L. 30 §. 4 L. 47 §. 2 D. de pecul. 15. 1), während hier die Ansprüche der Gläubiger auf die bestimmte Nachlaßmasse beschränkt sind. Es scheint daher gewiß zweckmäßiger, nach Analogie der Grundsätze über die actio tributoria vorzugehen, wonach die bestimmte Vermögensmasse wie bei einem Concurs unter sämmtliche Gläubiger zu vertheilen ist (L. 5 §. 19 L. 6. 7 pr. D. cit. 14. 4. §. 3 I. quod cum eo 4. 7), und zwar nicht den Vorbehaltserben mit dieser cridamäßigen Vertheilung zu beschweren, wohl aber den nicht befriedigten Gläubigern einen in kürzerer Zeit verjährenden Regreßanspruch gegen die befriedigten Creditoren zu gewähren." Verl. Abh. S. 168 Note 30. — Unbegründet und auf einer Verwechslung von Rangordnung und Gangordnung beruhend ist die Behauptung von Zlobitzky S. 23. 24. Rippel V S. 216 und Stubenrauch II S. 801 Nr. 9, daß die gesetzmäßige Vertheilung des Nachlasses nur im Wege des Concursverfahrens erzielt werden könne: gerade dazu dient ja eben das erbschaftliche Liquidationsverfahren, das aber freilich in der österr. Gesetzgebung nicht genügend geregelt ist (vgl. Koch, preuß. Pr. R. II S. 104. 131. 841, preuß. Civilproz. I §. 486 fg.): die Rangordnung ist durch Übereinkunft der Gläubiger oder vom Gericht nach den Regeln des materiellen Concursrechts festzustellen.

[18] Vgl. Rippel V S. 215 Nr. 2. Ellinger in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1841 I Nr. 12 und insbes. Stubenrauch II S. 797 fg. gegen die ganz ungegründete Behauptung von Wessely in der angef. Zeitschr. 1842 I Nr. 4 und Gspan in der G. Z. 1851 Nr. 66, daß die gerichtlich sich meldenden Gläubiger sofort zu befriedigen seien: wie wäre dann noch eine cridamäßige Repartition denkbar?

[19] Diese Conservirung des Pfandrechts (§. 814) ist nur zu billigen: nach gem. Recht (L. 22 §. 5. 8 C. h. t. Arndts, Pand. §. 392 Anm. 2 lit. b) ist für die Pfandgläubiger des Erblassers, deren Pfandrecht durch den Verkauf der hypothecirten Sache von Seite des Vorbehaltserben erlischt, nicht hinlänglich gesorgt. Mühlenbruch S. 372 fg.

[20] Gegen die willkürliche und zweckwidrige Behauptung Rippel's V S. 216. 217, daß der Gläubiger, der sich zwar nach Ablauf des Ediktaltermines, aber vor der Bezahlung der angemeldeten Gläubiger meldet, bei der Repartition des Nachlasses noch zu berücksichtigen sei, haben sich bereits Winiwarter III S. 436 und Stubenrauch II S. 800 Nr. 6 mit vollem Recht erklärt. Die Gläubiger des Erblassers können, wenn der Nachlaß sich als unzureichend zu ihrer vollen Befriedigung dar-

stellt, immerhin auf gerichtliche Feilbietung der zu ihrer Bedeckung ausschließlich dienenden Erbschaftsgegenstände dringen. Vgl. Gspan a. a. O. Stubenrauch II S. 801 Nr. 8.

B. Das Rechtsverhältniß von Miterben.

1. Theilung der Erbfolge.

§. 43.

Mehrere Personen, welche mit einander Erben werden, sind im Verhältniß ihrer Erbquote gemeinsam Herren des Erbvermögens (§. 550)[a] und befinden sich zusammt in der rechtlichen Stellung eines Erben (oben §. 40...42), welche aber auch hier erst mit der erfolgten Einantwortung des Nachlasses praktisch hervortritt (§. 550)[1]. Die Miterben stehen demnach in einer Gemeinschaft[2] des Erbvermögens (§. 825)[b]: sie sind im Verhältniß ihrer Erbportionen sofort zu ideellen Theilen berechtigt und verpflichtet[c], dafern nicht die Untheilbarkeit einer erbschaftlichen Berechtigung oder Verpflichtung[d] eine Änderung herbeiführt[3], und die Wirkungen der Vereinigung (§. 1445) treten für jeden Miterben nur zum Theile ein[e]. Die Getheiltheit der Haftung, welche unter den Miterben von selbst kraft Rechtens eintritt (§. 820. 821. 649), findet jedoch nicht stets nach außen gegenüber den Gläubigern des Erblasses und den Legataren[f] statt. In dieser Beziehung kommt es noch weiter darauf an, ob die Erben die eingeantwortete[4] Erbschaft mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben[5]: im letzteren Fall haftet jeder Erbe nach der Einantwortung solidarisch mit Regreßanspruch gegen die durch ihn befreiten Miterben (§. 820)[g], im ersteren Fall dagegen ist die Haftung nach allen Seiten eine getheilte (§. 821)[6]. Treten von mehreren Erben die einen mit, die andern ohne Vorbehalt die Erbschaft an, so ist zwar der Verlassenschaftsabhandlung die bedingte Erbserklärung zu Grunde zu legen, nach erfolgter Einantwortung aber macht sich die Verschiedenheit der Haftung sowohl in Ansehung des Wofür als des Womit

[a] Westgal. Gesetzb. II §. 324 [b] System I §. 67 Note 13. [c] L. 1 C. si cert. pet. 4 2. L. 2 C. de her. act. 4. 16. L. 1 C. de exc. 8. 36. L. 6 C. fam. ercis. 3. 36. L. 1. 2 C. si unus ex plur. 8. 32. [d] System I §. 67. [e] L. 50 D. de fidej. 46. 1. L. 1. 5 C. de hered. act. 4. 16. [f] L. 33 pr. D. de leg. II. [g] cf. L. 18 §. 5...7 L. 31 D. fam. ercisc. 10. 2. L. 25 §. 10...15 eod.

zwiſchen beiden Claſſen von Erben geltend (§. 807)[7]. An der Haftpflicht für die erbſchaftlichen Schulden kann weder durch Anordnung des Erblaſſers[h] noch durch Vereinbarung der Erben[i] zum Nachtheil der Gläubiger (vgl. §. 649) etwas geändert werden: Feſtſetzungen dieſer Art verpflichten innerhalb der gehörigen Schranken[k] (§. 744) nur die Miterben unter ſich.

Anm. [1] Die Vorſchrift des §. 550 (vgl. §. 821), daß die Miterben vor der Einantwortung „Alle für Einen und Einer für Alle ſtehen", hat keinen andern Sinn, als daß die Erbſchaftsgläubiger in dieſem Zeitpunkt ohne Rückſicht auf die Erbquoten aus der geſammten Erbmaſſe ihre Befriedigung erhalten und daß die Miterben vor der Einantwortung nicht als Schuldner suo nomine, ſondern nur zuſammen als Vertreter des Erbvermögens belangt werden können. Verl. Abh. S. 153. Vgl. auch Nippel IV S. 54. 55. V S. 242. Ganz unrichtig Füger, Erbr. I S. 72. 73. Auf Zeiller's II S. 409. 410 Verwechslung der Erbserklärung mit der Einantwortung hat bereits Nippel IV S. 55 Note 1 aufmerkſam gemacht.

[2] Dieſe zufällige Gemeinſchaft (§. 825) pflegt man heutzutage communio incidens zu nennen. L. 25 §. 16 D. fam. ercisc. 10. 2 . . . . cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. cf. L. 31 D. pro soc. 17. 2. §. 4 I. de oblig. quasi ex contr. 3. 27.

[3] Die Darſtellung dieſer durch die Untheilbarkeit bewirkten Modifikationen gehört in das Sachen- und Oblig. Recht. Vgl. darüber Glück Bd. 11 S. 49. 50 und insbeſ. Göſchen Vorleſ. III 2 §. 959 und Keller §. 537.

[4] Vor der Einantwortung haften die Miterben eben noch gar nicht als perſönliche Schuldner, ſondern erſcheinen nur als Vertreter des Nachlaſſes. Anm. 1.— Manche neuere Geſetzgebung legt den entſcheidenden Nachdruck auf die Erbtheilung: vor dieſer ſolidariſche Berechtigung und Verpflichtung der Erben und Competenz des Erbſchaftsgerichts, nachher proportionelle Berechtigung und Verpflichtung und Competenz der perſönlichen Inſtanz der Erben. Vgl. heſſ. Entw. Art. 248. 251. 312. Motive S. 150 fg. Ähnlich verhielt es ſich auch nach dem weſtgal. Gſtzb. II §. 324.

[5] „Nach der Einantwortung haften die Vorbehaltserben pro parte, die Erben ohne Vorbehalt dagegen in solidum. Was ſoll wohl der innere Grund für dieſe Verſchiedenheit der Behandlung ſein? Zeiller II S. 864 Nr. 1 gibt dafür Folgendes an: „„Haben Miterben die Erbſchaft unbedingt angetreten, ſo weiß man mit jener Zuverläſſigkeit, die das Geſetz fordert, nicht, wie viel jeder Miterbe und ob nicht jeder aus ihnen ſoviel erhalten habe, als zur Befriedigung aller Gläubiger und Legatare hinreicht. Darum haften ihnen alle einzelnen Miterben, Einer für Alle und Alle für Einen . . . . Sobald aber eine mit Vorbehalt der Rechtswohlthalt ange-

[h] L. 3. 20 §. 3. 5. 8 D. fam. ercisc. 10. 2. L. 69 §. 2 D. de leg. I. L. 34 §. 3 D. de leg. III. L. 7 §. 3 D. de lib. leg. 34. 3. [i] L. 23 C. fam. ercisc. 3. 36. L. 40 §. 2 D. de pact. 2. 14. L. 25 C. eod. 2. 3. [k] cf. L. 20 §. 5 cit.

tretene Erbschaft den gemeinschaftlichen Erben eingeantwortet worden, ist auch gerichtlich erhoben, wie viel jeder Miterbe zu seinem Antheil erhalten habe. Von dieser Zeit an haftet also jeder für die Lasten nur nach Maß seines erhaltenen Antheils.““ Diese Erklärung ist seither von unseren Schriftstellern stets gebilligt worden. Nippel V S. 241. 242. Winiwarter III S. 444. 445. Stubenrauch II S. 810. Füger I S. 74. Dennoch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie ganz unhaltbar ist. Es werden nemlich die Begriffe: aliquanter Nachlaßtheil und aliquoter Erbtheil verwechselt. Die Vorbehaltserben haften cum viribus hereditatis, aber nur nach Verhältniß ihres Erbtheils (§. 821), also pro parte, nicht etwa für die ganze Erbschaftsschuld, mag diese gleich den Betrag nicht übersteigen, der auf den einzelnen Miterben entfällt. Gesetzt, die Erbschaft, mit einem Activstand von 9000 fällt zu gleichen Theilen auf drei Erben, so kann dennoch der Erbschaftsgläubiger, der 3000 zu fordern hat, nicht die ganze Summe von dem einen oder dem andern Vorbehaltserben, sondern von jedem derselben nur 1000 verlangen, da jeder Vorbehaltserbe nach Verhältniß seines Erbtheils, also hier zu 1/3 haftet. Daß der §. 821 in diesem Sinn zu verstehen sei, kann nicht bezweifelt werden: dafür spricht der Ausdruck „Erbtheil“ (vgl. §. 554 fg.), während es sonst heißen müßte: „nach Verhältniß des Empfangenen“; ferner der Umstand, daß in §. 821 nicht wie in §. 820 von einem Regreßanspruch des die ganze nicht ultra vires hereditatis gehende Schuld bezahlenden Miterben die Rede ist, weil eben jeder Vorbehaltserbe nur den „nach Verhältniß seines Erbtheils“ auf ihn entfallenden Bruchtheil der Erbschaftsschuld zu bezahlen hat. Hiemit fällt jener Erklärungsversuch zusammen: die Größe der einzelnen Erbtheile kennt man bei dem Erben ohne Vorbehalt gerade so genau wie bei den Vorbehaltserben (vgl. §. 174 Nr. 2 Ges. v. 9. Aug. 1854): auf die Summe des Empfangenen aber kommt es eben nicht an. Die Errichtung des Inventars kann nur auf den Betrag und Umfang der Haftpflicht im Ganzen, nicht auf die Theilung der Haftung für die einzelnen Erbschaftsschulden, nur auf das Womit, nicht auf das Wofür der Haftung, Einfluß haben. Für die in §. 820. 821 beliebte Unterscheidung fehlt es daher in der That an allem inneren Grund. Die Haftung mehrerer Erben für die Schulden des Erblassers sollte ohne Rücksicht auf das benef. invent. nach gleichen Grundsätzen geregelt werden.“ Verl. Abh. S. 158 fg. Beistimmend Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 10 Liter. Bl. S. 69. Der neueste Erklärungs- und Rechtfertigungsversuch von Helm ebda S. 243 fg. ist ganz bedeutungslos.

[6] „Es wäre aber noch zu überlegen, ob der Vorzug dem in §. 821 adoptirten röm. Prinzip der unbedingten Theilung der Schulden unter die Miterben nach Verhältniß ihrer Erbtheile (Savigny Obl. R. I S. 324. 325), oder nicht etwa der in §. 820 gebilligten, wie es scheint (Bluntschli, deutsches Pr. R. §. 204 Nr. 4. Stobbe in den Jahrb. d. gem. R. V S. 316 fg.), deutschrechtlichen Auffassung zu geben wäre, wonach die Erbschaftsschulden zu Gunsten der Gläubiger, deren Forderungen durch den Tod des Erblassers nicht zersplittert werden sollen (cf. L. 27 §. 8 D. de pecul. 15. 1... est enim iniquum in plures adversarios distringi eum qui cum uno contraxerit. L. 2 §. 2 D. de stip. praet. 46. 5). ungetheilt auf die Miterben übergehen, so daß diese für die Schulden des Erblassers zur ungetheilten Hand, oder wenngleich pro rata so doch wenigstens subsidiär für die

ganze Schuld zu haften haben." Verl. Abh. S. 160. 161. Vgl. jedoch Dworzak S. 66.

(550)2

[7] Die räthselhafte Bestimmung des §. 807, daß im Fall der Inventarerrichtung auch der vorbehaltslose Erbe, „so lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden, die rechtliche Wohlthat des Inventariums genießt", wird vielfach (Winiwarter III S. 424 fg. Stubenrauch II S. 780. Ellinger zu §. 807. Samml. Nr. 319) dahin verstanden, daß auch der vorbehaltslose Erbe in einem solchen Falle vor erfolgter Übergabe der Erbschaft d. i. vor der Einantwortung (§. 550. 797) nicht mit seinem eigenen Vermögen hafte. So richtig dies an sich ist, so ist doch festzuhalten, daß hierin gar nichts Besonderes liegt und daß ganz dasselbe auch dann gilt, wenn der einzige Erbe sich unbedingt erbserklärt hätte und ein Inventar gar nicht errichtet worden wäre, weil eben der Erbe prinzipiell vor Einantwortung des Nachlasses noch nicht persönlicher (suo nomine) Schuldner, sondern nur Vertreter des Nachlasses ist. Oben §. 40. Wenn aber Stubenrauch II S. 780 Nr. 3, und wie es scheint auch Winiwarter III S. 424. 425, einen definitiven Vortheil darin finden will, daß im Fall der Gläubigerconvocation (§. 813. 814) auch der unbedingt erklärte Erbe den präcludirten Gläubigern gegenüber geschützt sei, so läßt sich dies nicht rechtfertigen (§. 42 Anm. 15) und ist in Widerspruch mit dem, was Stubenrauch II S. 802. 803 selbst ausführt. Andere (unbefriedigende) Erklärungsversuche des Schlußsatzes des §. 807 bei Zeiller II S. 854 Nr. 4. 5. Nippel V. S. 195. 196; auf des Letzteren Auffassung kommt auch Füger I S. 75 fg. mit wunderlicher Begründung und Wendung hinaus.

[8] In der Einantwortungsurkunde ist „wenn mehrere Erben eintreten, das Verhältniß, nach welchem sie an der Erbschaft Theil nehmen, auszudrücken" (Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 174 Nr. 2): die Miterben sind sofort in dem angegebenen Verhältniß theilberechtigt, sie können insbesondere die Auszeichnung ihres ideellen Antheils in den öffentlichen Büchern erwirken (§. 846. Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 177) und über ihren Antheil an den einzelnen Erbschaftsgegenständen frei verfügen. §. 829. L. 54 D. fam. ercisc. 10. 2.

2. Auseinandersetzung der Erbschaft[1].

a) Im Allgemeinen.

§. 44.

Jeder Miterbe[a] kann in der Regel (§. 831. 832)[b] die Aufhebung der zwischen ihm und den übrigen Miterben bestehenden Vermögensgemeinschaft (§. 830)[c] und die Regelung der zwischen ihnen auf Grund des gemeinsamen Erbeseins bestehenden Rechtsverhältnisse verlangen[d]. Diese Auseinandersetzung kann in der Re-

[a] L. 1 §. 1 L. 2 pr. L. 24 §. 1 L. 40 de famil. ercisc. 10. 2. [b] cf. L. 70 D. pro soc. 17. 2. L. 14 §. 2 D. comm. divid. 10. 3. L. 5 C. eod. 3. 37. [c] L. 1 pr. D. h. t. 10 2. L. 1. 3 C. h. t. 3. 36. [d] cf. L. 51 §. 1 D. h. t §. 4 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27.

gel[2] sowohl auf außergerichtlichem[3] als auf gerichtlichem Wege, und zwar in streitigen Fällen[4] mittelst der Erbtheilungsklage (Erbsonderungsklage)[e], sowohl vor als nach der Einantwortung der Erbschaft erfolgen[5]. Wer auf Theilung der Erbschaft dringen will, dessen Miterbrecht muß vor allem anerkannt sein (vgl. §. 827)[6]; dagegen kommt es nicht weiter darauf an, ob der zur Theilung provocirende oder der provocirte Miterbe oder zur Zeit noch keiner von beiden sich im Besitz seines Erbantheils befindet[f].

Die Auseinandersetzung der Miterben verfolgt einen doppelten Zweck: die Vertheilung[g] des gemeinschaftlichen Erbvermögens[7] und die Regelung der sowohl aus dem Miterbenverhältniß als aus der Sachgemeinschaft[8] entspringenden gegenseitigen Rechtsansprüche, wie namentlich[9] die Anrechnung der Vorempfänge (§. 793)[10], die Entrichtung der Vorausvermächtnisse (§. 648)[11] und die Berichtigung der Ansprüche wegen in gemeinsamer Angelegenheit[h] oder in gemeinsamen Interesse[i] gemachter Auslagen sowie wegen aus der gemeinsamen Erbschaft gezogener Vortheile[k] (vgl. §. 830. 840) oder ihr zugefügter[l] Nachtheile[12].

Um die Erbtheilung vorzunehmen, ist vor allem der gegenwärtige Stand der Erbmasse zu ermitteln[m] und alles auszuscheiden, was von vornherein[n] oder doch zur Zeit der Theilung nicht mehr[o] zur Erbschaft gehört, ferner was überhaupt nicht vertheilt werden soll[p] oder was einem der Miterben, namentlich[q] als Erbschaftsgläubiger[r] oder als Prälegatar[s], voraus gebührt. Die auf solche Weise festgestellte Erbmasse ist hierauf ihrem ganzen Umfang und Betrag nach zu Geld zu veranschlagen, hienach die quantitative Werthgröße

[e] Dig. familiae erciscundae 10. 2. C. eod. 3. 36. cf. L. 4 pr. D. comm. divid. 10. 3. [f] L. 1 §. 1 L. 25 §. 2 D. h. t. cf. L. 30 D. comm. divid. 10. 2. [g] L. 1 pr. L. 2 pr. D. h. t. L. 13 C. h. t. [h] L. 18 §. 2. 3 L. 44 §. 8 L. 49 i. f. D. h. t. cf. L. 39 pr. eod. [i] L. 18 §. 5...7 L. 25 §. 13...15 L. 44 §. 7 D. h. t. L. 24. 31 D. eod. L. 78 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. L. 18 §. 1 C. h. t. 3. 36. [k] L. 19 D. h. t. L. 56. 44 §. 3 D. eod. Paul. R. S. I 18 §. 3. §. 4 I. de off. jud. 4. 17. L. 9 C. h. t. 3. 36. [l] L. 16 §. 4. 5 L. 17 L. 25 §. 16. 18 L. 44 §. 5 L. 45 §. 1 D. h. t. L. 3. 19 C. h. t. L. 4 C. comm. utr. 3. 38. §. 4 I. cit. [m] L. 8 §. 1. 2 L. 9...12. 14 pr. L. 16 §. 3 L. 22 pr. L. 52 pr. L. 53. 56 D. h. t. L. 9 C. h. t. Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 167. 168. [n] L. 25 §. 7. 8 L. 45 pr. L. 53 D. h. t. cf. L. 20 §. 9 L. 21 D. eod. Vgl. Samml. Nr. 441. [o] L. 14 pr. L. 54 D. h. t. cf. L. 25 §. 6 eod. [p] L. 4 §. 1. 2 L. 30. 41 D. h. t. cf. L. 24 D. de jur. patr. 37. 14. Vgl. Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 90. 91. [q] cf. L. 20 §. 2 L. 35. 46. 51 pr. D. h. t. L. 2. 18 pr. C. h. t. [r] L. 20 §. 1. 6. 7 L. 25 §. 19 D. h. t. L. 13 C. h. t. [s] L. 4 pr. L. 25 §. 22 L. 26. 28. 33. 42 D. h. t. L. 7 C. h. t.

jeder einzelnen Erbquote zu berechnen[13] und dann die Diſtribution der Erbmaſſe in der Art vorzunehmen, daß mittelſt Vertheilung oder Theilung der einzelnen Erbſchaftsgegenſtände[t] und gegenſeitiger Ausgleichung in Geld[u] jeder Erbe dem letzten Reſultat nach den ihm gebührenden Werthantheil erhält[v]. Für die Theilung und Zuweiſung der einzelnen erbſchaftlichen Sachen und Rechte gelten die allgemeinen Grundſätze über Theilbarkeit[w] und die im Obligationenrecht darzuſtellenden Regeln über Aufhebung einer Gemeinſchaft (§. 842[x]. 843[y]. 844[z]. 921. 923[aa]). Insbeſondere können auch einzelne Forderungen oder Schulden zum Zweck der Ausgleichung einem Miterben allein zugewieſen werden, der ſich in dieſer Beziehung dann in der rechtlichen Lage eines Ceſſionars oder Schuldübernehmers befindet[bb]. Der Theilungsrichter hat ſich bei der Vertheilung an eine etwaige Anordnung des Erblaſſers[cc] ſowie an die Vereinbarung der Miterben zu halten[dd], ſonſt aber nach billigem Ermeſſen zu verfahren[ee].

Der Anſpruch auf Aufhebung der Erbgemeinſchaft iſt unverjährbar (§. 1481)[ff]; die einzelnen aus dem Miterbenverhältniß oder aus der Vermögensgemeinſchaft entſpringenden Anſprüche dagegen ſind der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung unterworfen (§. 1478. 1479)[14]. Die Auseinanderſetzung der Erbſchaft als eines Ganzen kann ihrer Natur nach regelmäßig[gg] nur Einmal ſtattfinden[hh]; ſind einige Erbſchaftsſachen ungetheilt[15] oder einige Erſatzanſprüche unberichtigt geblieben, ſo kann immer noch nachträglich eine beſondere Regelung dieſer Punkte mittelſt der Sachtheilungs-

[t] L. 1 pr. L. 14 §. 1 L. 15. 16 pr. §. 1. 2 L. 22 §. 1 L. 22 §. 3 L. 29. 30. 47 pr. L. 55 D. h. t. §. 4 I. de off. jud. 4. 17. [u] L. 52 §. 2 L. 19 D. h. t. §. 4 f. cit §. 20 I. de act. 4. 6. L. 3 C. comm. div. 3. 37. [v] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 168. [w] Syſtem I §. 51. 67. [x] L. 22 §. 3 D. h. t. L. 7 §. 1 L. 18 pr. D. comm. div. 10. 3. cf. L. 16 §. 1. 2 D. h. t. 10. 2. L. 6 §. 10 D. comm. div. 10. 3. [y] L. 1. 3 C. comm. div. 3. 37. cf. L. 19 §. 3 D. eod. 10. 3. L. 22 §. 1 D. h. t. 10. 2. [z] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 68. L. 4 §. 3 L. 5. 6. 8 pr. D. h. t. [aa] L. 25 §. 21 L. 20 §. 3 D. h. t. L. 14 C. h. t. L. 1. 7 C. comm. utr. 3. 38. L. 66 §. 3 D. de evict. 21. 2. [bb] L. 2 §. 5 L. 3 D. h. t. cf. L. 20 §. 3. 8 eod. L. 23 C. h. t. L. 1 C. de except. 8. 36. [cc] L. 20 §. 3 L. 32. 33 D. h. t. L. 21 §. 5 D. de annuis leg. 33. 1 (vgl. unten §. 55 Anm. 11). L. 10. 21 C. h. t. 3. 36. [dd] L. 3 §. 1 L. 21 D. comm. div. 10. 3. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 171. [ee] L. 21 cit. [ff] L. 3 C. in quib. caus. cess. 7. 34. Syſtem II §. 119 Note 8. cf. L. 22 C. h. t. 3. 36. [gg] Vgl. §. 179 Geſ. v. 9. Aug. 1854. cf. L. 1 C. h. t. [hh] L. 20 §. 4 D. h. t. Paul. R. S. I. 18 §. 1.

klage[ii] oder der entsprechenden Ersatzklage[kk] stattfinden. Die rechtskräftig gewordene gerichtliche Erbtheilung kann nicht weiter angefochten werden[ll] (vgl. §. 1341)[mm], wohl aber ausnahmsweise[nn] die außergerichtliche Theilung und zwar sowohl wegen Betrugs[oo] als wegen einer wider Willen erlittenen Verkürzung (arg. §. 841)[16]; doch muß die Anfechtung der außergerichtlichen Theilung binnen drei Jahren nach Vollziehung derselben stattfinden (§. 1487)[17].

Ein Aufschub der Erbtheilung muß stattfinden, wenn eine noch ungeborene Leibesfrucht zur Erbfolge mitberufen ist[18].

Anm. [1] Westphal, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage (1793) S. 398...518. Glück Bd. 11 S. 1...18. Heimbach im R. L. III S. 947 fg. Roßhirt, das testament. Erbr. II S. 81 fg. Über einen einzelnen Punkt (Theilung unter einigen Miterben): Zimmermann im civil. Arch. Bd. 34 Nr. 9. 14.

[2] Großjährige (handlungsfähige) Erben können sowohl gerichtlich als außergerichtlich theilen: §. 170 Ges. v. 9. Aug. 1854; befinden sich aber unter den Erben Pflegbefohlene, so muß die Erbtheilung gerichtlich geschehen: §. 165 fg. ebda. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2349. Hess. Entw. Art. 316. Baier. Entw. Art. 594.

[3] L. 57 D. h. t. L. 1. 15. 17 C. h. t. L. 35 D. de pact. 2. 14. Die Erbtheilung ist auch dann eine außergerichtliche, wenn sie von dem Abhandlungsrichter bestätigt worden ist, §. 171 Ges. v. 9. Aug. 1854. Glück S. 6. 91. 92. Diese Form der richterlichen Bestätigung einer außergerichtlichen Theilung als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit kennt das R. R. nicht. Zimmermann S. 195 Note 3.

[4] L. 43 D. h. t. Arbitrium familiae erciscundae vel unus petere potest: nam provocare apud judicem vel unum heredem posse, palam est: igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere. Heutzutage wird die richterliche Mitwirkung zu einer Theilung unter solchen Genossen, zwischen denen darüber, daß getheilt werden soll, kein Streit herrscht, mehr als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen und behandelt. Es denkt niemand daran, in diesem Falle eine Klage anzustellen. Die Interessenten wenden sich vielmehr, was namentlich zum Zweck der Theilung von Erbschaften häufig vorzukommen pflegt, mit einem gemeinschaftlichen einfachen Antrag an den Richter, oder es stellt auch wohl Einer einen solchen Antrag, der Richter hört darüber die Andern und schreitet, wenn kein Widerspruch erfolgt, alsbald zur Vollziehung der Theilung

[ii] L. 20 §. 4 cit. Paul. R. S. l. c. cf. L. 4 §. 2 D. de comm. div. 10. 3. L. 3 C. eod. 3. 37. [kk] L. 49. 16 §. 4. 5 D. h. t. L. 18 §. 1 C. h. t. L. 3 C. de neg. gest. 2. 19. [ll] cf. L. 65 §. 2 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 27 D. de re judic. 42. 1. System II §. 131. Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 9 fg. [mm] cf. L. 15 §. 1 D. de judic. 5. 1. L. 2 C. de poena jud. 7. 49. [nn] L. 8 C. comm. utr. 3. 38. [oo] L. 3 C. l. c. 3. 38. L. 8 C. de collat. 6. 20. L. 10 C. de rese. vend. 4. 44.

ſelbſt. Erſt wenn hiebei Streitigkeiten entſtehen ſollten, die er, vom Standpunkt des Verwalters der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus, nicht ſchlichten kann, wird er die Streitpunkte zur beſonderen Ausführung im Wege des Rechtsſtreits verweiſen. Gleich von vornherein prozeſſualiſch wird dagegen die Sache nur dann verhandelt werden, wenn von Einer Seite die Theilung überhaupt oder doch ſo, wie ſie die andere verlangen zu können glaubt, verweigert wird. In dieſem Falle bildet der Rechtsſtreit über die Verbindlichkeit zur Theilung, deren Umfang und vielleicht auch Modus den eigentlichen Prozeß, der mit der richterlichen Sentenz, daß, was und wie getheilt werden ſolle, endigt. Die Theilung ſelbſt aber — inſofern nunmehr nicht eine gütliche Vereinigung erfolgt — geſchieht im Wege des Exekutionsverfahrens; und dieſes iſt erſt dasjenige, welches dem gewöhnlichen judicium divisorium der Alten analog iſt." Zimmermann S. 206. 207. Weſentlich von derſelben Grundanſchauung geht das öſterr. Recht aus: §. 171 §. 2 Nr. 7 Geſ. v. 9. Aug. 1854. — Über den eigenthümlichen Charakter der Erbtheilungsklage (und überhaupt des Theilungsverfahrens) als einer actio duplex (L. 2 §. 3 L. 27. 44 §. 4 D. h. t. L. 10 D. fin. reg. 10. 1. L. 2 §. 1 D. comm. div. 10. 3. L. 37 §. 1 D. de O. et A. 44. 7) und mixta (§. 20 I. de act. 4. 6) vgl. Syſtem II §. 131 Note 26...28. §. 114 Note 10. Über den Gerichtsſtand der Erbtheilungsklage: §. 37 Jur. Norm v. 20. Nov. 1852. cf. L. 2 C. comm. utr. 3. 38. Über die Abſtammung und Bedeutung des Ausdrucks: familiae erciscundae vgl. Glück S. 1 fg. und insbeſ. Huſchke im Rhein. Muſ. VI S. 280.

[5] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 165. 166. 170. 174 Nr. 2. — „Der gerichtlichen Erbtheilung wird durch die Umgeſtaltung oder Abſchaffung der Abhandlungspflege nicht präjudicirt. Die gerichtliche Erbtheilung hat überhaupt mit der Verlaſſenſchaftsabhandlung an ſich nichts zu thun: ſie muß und wird ſich auch dort finden, wo ein ſolches Inſtitut gänzlich unbekannt iſt. Iſt doch auch jetzt ſchon mit Recht angeordnet, daß die Beendigung der Verlaſſenſchaftsabhandlung in der Regel nicht bis zur Erbſchaft aufzuheben ſei. Dieſe Regel iſt nur zu billigen: die Theilung der Erbſchaft hat auf die Einantwortung derſelben zu folgen: erſt haben, dann theilen." Verlaſſ. Abh. S. 203. Es iſt daher ganz ungegründet, wenn Harraſowsky, Grundzüge S. 68 als dritten Zweck der Verlaſſenſchaftsabhandlung angibt: „Den Parteien ſoll die Möglichkeit geboten werden, die richterliche Vermittlung zur Ordnung der durch einen Erbfall entſtehenden neuen Rechtsverhältniſſe und insbeſondere zur Durchführung der Erbtheilung in Anſpruch zu nehmen." Haben denn die Römer dieſer Anforderung nicht vollkommen durch das judicium familiae erciscundae entſprochen? In manchen Ländern (Würtemberg, Baden) beſtehen zu dieſem Zweck eigene Theilungsrichter.

[6] Nach R. R. kann der Erbtheilungsklage des nichtbeſitzenden Miterben eine Präjudicialeinrede entgegengeſetzt und dieſer dadurch genöthigt werden, zuerſt und abgeſondert die Theilerbrechtsklage (hereditatis petitio partiaria) anzuſtellen. L. 1 §. 1 D. h. t. . . . sed si is qui possidet, neget eum (qui suam partem non possidet) coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: *si in ea re, de qua agitur, praejudicium hereditati non fiat.* Es iſt kein ausreichender Grund vorhanden, dieſe Präjudicialeinrede, welche wohl mit Rückſicht auf das für Erbſchaftsſtreitigkeiten competente Centumviralgericht gewährt wurde

(Keller, Pandekt. §. 541), im heutigen gem. Recht (vgl. Seuffert, Pandekt. §. 590 Note 1) und vollends nach österr. Recht zuzugestehen: der auf Erbtheilung klagende Miterbe mag sich in demselben Verfahren über das bestrittene Theilerbrecht als Präjudicialpunkt legitimiren. Vgl. auch System II §. 132 Note 22.

[7] Es kann sich leicht ereignen, daß zu einer Theilung der Erbschaft gar keine Gelegenheit vorhanden ist, so wenn der Erblasser den einen Erben auf sein bewegliches, den andern auf sein unbewegliches Vermögen eingesetzt hat (cf. L. 25 §. 1 D. h. t.), oder wenn die Erbschaft bloß aus Forderungen besteht, welche ohnehin ipso jure getheilt sind (L. 25 §. 1 cit. L. 6 C. h. t.), oder wenn die Erben sämmtliche Erbschaftssachen bereits unter sich vertheilt haben (L. 44 pr. D. h. t. L. 9 C. commun. utr. 3. 38): dennoch findet in diesen Fällen das judicium familiae erciscundae zum Zweck der Auseinandersetzung in Ansehung der übrigen erbschaftlichen Angelegenheiten statt. L. 44 pr. cit. Inter cohederes etiam communi dividundo agi potest (cf. L. 34 D. pro soc. 17. 2), ut res duntaxat quae eorum communes sint et causae ex his rebus pendentes in judicium veniant: de caeteris vero in integro sit familiae erciscundae judicium. Vgl. auch Mühlenbruch Bd. 40 S. 310. Pandekt. Bd. 3 §. 725 Nr. 2 und insbes. Brinz §. 166. 167.

[8] Die aus einer Sachgemeinschaft entstandenen Rechtsansprüche bleiben natürlich auch nach Aufhebung der Gemeinschaft (z. B. durch Untergang der gemeinschaftlichen Sache) in Kraft und Geltung. L. 24 pr. D. h. t. Sed et ejus rei, quae in rebus humanis esse desiit, veniunt praestationes . . . L. 31 eod. L. 6 §. 1 L. 9. 11. 14 §. 1 D. comm. divid. 10. 3.

[9] Ein Miterbe kann von dem andern Mitwirkung bei Erfüllung testamentarischer Auflagen verlangen (L. 18 §. 2 D. h. t. cf. L. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3. vgl. §. 18 Note f), ferner Bezahlung seines Schuldantheils, wenn dies im gemeinsamen Interesse liegt (L. 18 §. 4 L. 44 §. 7 D. h. t.), Sicherung des eventuellen Regreßanspruchs bei ungetheilten Verpflichtungen (L. 25 §. 10...13 D. h. t.) oder bei Schulden, welche Einem Erben zur Bezahlung überwiesen sind (L. 20 §. 5. 8 D. h. t.), Gestattung der Abschrift oder Benutzung von Urkunden (vgl. §. 844. L. 5. 6. 8 pr. D. h. t.): diese und andere Ansprüche (cf. L. 28. 33 D. h. t. L. 25 §. 17. 21 D. eod. L. 18 pr. D. eod. L. 52 §. 1 eod.), welche sich nach den Grundsätzen der bona fides aus der Gemeinsamkeit des Erbverhältnisses, aus der Miterbenschaft, ergeben, sind sämmtlich bei der Auseinandersetzung zu berücksichtigen resp. zu befriedigen.

[10] Vgl. unten §. 45...47. Über L. 20 pr. D. h. t. und L. 1 pr. D. de dotis coll. 37. 7 vgl. Fein, das Recht der Collation S. 167...174.

[11] L. 17 §. 2 D. de leg. I. Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio judicis familiae erciscundae, manifestum est . . . L. 4 pr. L. 22 §. 1 L. 25 §. 22 L. 26. 28. 33. 42 D. h. t. L. 7 C. h. t. Gaj. II 219 sq. Vgl. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 335 fg. Ehylarz, in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 3 S. 132 fg.

[12] Nach österr. Recht haften die Miterben für diligentia boni patrisfamilias (System II §. 102 Note 35. 23), nach R. R. (L. 25 §. 16 D. h. t.) nur für

diligentia quam suis rebus. — Findet die Erbtheilung noch vor der Einantwortung ſtatt, ſo werden gegenſeitige Anſprüche aus der Vermögensgemeinſchaft in der Regel nicht beſtehen, da dieſe ſelbſt eben praktiſch noch nicht eingetreten iſt, ſondern alle Erbſchaftsauslagen aus dem ganzen Nachlaß ſelbſt beſtritten werden und alle Einkünfte und Vortheile in denſelben fließen: die zu vertheilende Erbſchaft ſelbſt erſcheint unmittelbar als vergrößert oder verringert. Vgl. §. 167. 46. 129. 146 Geſ. v. 9. Aug. 1854.

[13] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 167. 168 und dazu das Formular einer Theilungsurkunde (Theilungsrezeß) in Nr. VI. Eine ſolche Behandlungsweiſe iſt dem R. R. allerdings fremd; es ſcheint jedoch, daß auch die gemeinrechtliche Praxis, wohl aus früherem Mißverſtändniß der L. 52 §. 3 D. h. t., eine ähnliche Prozedur befolgt. Weſtphal. §. 817. Glück S. 40...42. Heimbach S. 953. Mühlenbruch, Pandekt. Bd. 3 §. 724. Seuffert, Pandekt. §. 591 Note 6. Inſofern bemerkt Roßhirt II S. 85. 86 nicht mit Unrecht: „Das Objekt der Erbtheilungsklage iſt zwar das ganze Erbvermögen, allein nur dasjenige, was einer Theilung wirklich bedarf. Alſo kommen z. B. nomina nicht in die Theilung, ſowenig wie der baare Geldbeſtand, denn hier verſteht ſich die Theilung von ſelbſt. Bei uns, wo der Rechnungsſchematismus auch hier über die Natur der Dinge geht, wird gewöhnlich alles nach Gelde angeſchlagen, wie bei der aestimatio dotis, und dann kann freilich auch die Geld- und Capitalienmaſſe in das Theilungsoperat, wie ſie es nennen, gezogen werden: nach der richtigeren Geſinnung der Römer aber wird nur getheilt, was getheilt werden kann und wo die Erben nicht freiwillig in communione bleiben wollen."

[14] Auf ſolche Fälle iſt die Vorſchrift der L. 1 §. 1 C. de annal. except. 7. 40 zu beziehen. Savigny, Syſtem Bd. 5 §. 252 Note h. Unterholzner, Verjährungslehre II §. 181. Ältere Anſichten über jene vielbeſprochene Stelle bei Weſtphal §. 706 und Glück S. 22. — In mancher Beziehung bedenklich ſind die Entſcheidungsgründe in der Samml. Nr. 157.

[15] Vgl. §. 167. 168 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Trotz der kategoriſchen Vorſchrift der L. 25 §. 20 D. h. t. (Paulus:) Judex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere konnte doch gewiß der Arbiter manche Erbſchaftsſachen, dem Willen der Parteien gemäß oder kraft eigenen Ermeſſens, ungetheilt laſſen. L. 31 D. comm. divid. (Paulus:) Bina mancipia, quae ex hereditate paterna jussu praetoris pupillis ministerii causa reservata essent, divisa non videri, sed omnium communia permansisse. cf. L. 16 pr. D. h. t. 10. 2. Die L. 25 §. 20 cit. erhält ihre wahre Bedeutung erſt durch Vergleichung mit Paul. R. S. I 18 §. 2: De omnibus rebus hereditariis judex cognoscere debet, celebrata divisione, ut semel de omnibus pronuntiet. Heißt es doch auch bei Paul. l. c. §. 5: Omnes res, quae sociorum sunt, communi dividundo judicio inter eos separantur, und erklärt dennoch Ulpian in L. 12 D. comm. div. 10. 3: In judicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat. Vgl. auch Zimmermann S. 337. Göſchen, Vorleſ. III 2 §. 965 a. E.

[16] L. 3 C. comm. utr. 3. 38. Majoribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri: quia

in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. L. 3 C. quib. ex caus. maj. 2. 54. cf. L. 38 D. h. t. 10. 2. Über die vielbesprochene L. 3 C. cit. 3. 38 vgl. Glück S. 93...106. Nach dem zürch. Gesetzb. §. 2026 kann ein Miterbe die außergerichtliche Theilung nur „unter der Voraussetzung, daß er über einen Drittheil seines reinen Erbtheils bei der Theilung (ohne Dolus der andern) zu Schaden gekommen, innerhalb Jahresfrist seit der Theilung anfechten." Nach dem baier. Entw. eines Obl. R. Art. 609 kann „die (außergerichtliche) Theilung nicht nur aus den allen zweiseitigen Rechtsgeschäften gemeinsamen Anfechtungsgründen, sondern auch wegen Verkürzung um mehr als ein Viertheil des dem Theilhaber gebührenden Antheils angefochten werden. Erfolgt die Anfechtung aus dem letzteren Grunde, so können die übrigen Theilhaber eine neue (gerichtliche) Theilung dadurch abwenden, daß sie den dem Verkürzten gebührenden Antheil durch eine Vergütung in Geld ergänzen. Die Verkürzung ist nach dem Werthe zu bemessen, welchen die vertheilten Gegenstände zur Zeit der Theilung gehabt haben." Die außergerichtliche Erbtheilung mit einer Person, die man irrthümlicher Weise für einen Miterben hielt, kann gleichfalls rückgängig gemacht werden: L. 36 D. h. t. (zu dieser Stelle vgl. Risch, Lehre vom Vergleich §. 18 Note 20) L. 37 D. eod. Qui familiae erciscundae judicio agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem und über die Lesart dieser Stelle: Bangerow II §. 514 Nr. 4.

[17] Ebenso nach baier. Entw. Art. 612. Ganz verfehlt ist die herrschende Behauptung, daß die betreffende Anordnung des §. 1487 sich nur auf den Fall einer Theilung ohne oder wider Willen eines Gemeinschafters beziehe (Pachmann, die Verjährung S. 49, 50 Nr. 10. Rippel IX S. 112, 113 Nr. 5. Winiwarter V S. 236 Nr. 3. Stubenrauch III S. 745 Nr. 6): in solchen Fällen hat die Theilung ohnehin in Ansehung jenes Theilhabers gar keine rechtliche Wirkung und er braucht sie deshalb nicht erst anzufechten. L. 17 C. h. t. Coheredibus divisionem inter se facientibus, juri absentis et ignorantis minime derogari ac pro indiviso portionem eam, quae initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus eum retinere, certissimum est. Unde portionem tuam cum reditibus arbitrio familiae erciscundae percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum praejudicium timens. Vgl. Zimmermann in der angef. Abhandl.

[18] System I §. 26 Note 22. Die Bestimmung des R. R., daß die Erbfolge und die Erbtheilung interimistisch mit Rücksicht auf mögliche Drillinge zu reguliren sei (L. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5. L. 3. 4 D. si pars. hered. 5. 4. L. 36 D. de solut. 46. 3), welche Bestimmung auch in das sächs. Gesetzb. §. 2344 übergegangen ist, hat im österr. Recht, welches (gleich dem hess. Entw. Art. 306 fg.) hierin dem älteren deutschen Recht (Siegel S. 203) folgt, keine Geltung. Ja nach österr. Recht (arg. §. 819 a. b. G. B. §. 174 Nr. 2 Ges. v. 9. Aug. 1854) wird wohl auch die Einantwortung des Nachlasses bis zur erfolgten Niederkunft aufgeschoben werden müssen. Vgl. auch Stubenrauch I S. 133.

b) Bei Vorhandensein eines Bauerngutes[1].

§. 44a.

Befindet sich in einer Erbschaft ein kraft rechtlicher Vorschrift untheilbares Grundstück, welches in die Kategorie der ehemaligen Bauerngüter im technischen Sinn[a] gehört und vom Erblasser selbst bewirthschaftet wurde[2], so muß dasselbe bei der Erbschaftstheilung auf Grund älterer Vorschriften[3], welche in §. 761 angerufen werden und gegenwärtig noch theilweise in Wirksamkeit stehen[4], einem der Erben gegen Abfindung der übrigen zugewiesen werden[5]. Die Person des Erben, welcher das Bauerngut übernehmen soll, wird, dafern nicht schon der Erblasser das Gut einem der Erben zugetheilt hat (§. 5 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 3. 6 Pat. v. 9. Okt. 1795)[6], oder der überlebende im Miteigenthum stehende Ehegatte sein Losungsrecht geltend macht (§. 6 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 6 Pat. v. 26. Mai 1791. §. 4 Pat. v. 9. Okt. 1795[b]), in der Regel durch Übereinkunft der Erben bestimmt, falls sie nicht Veräußerung des Grundstücks an einen Fremden vorziehen (§. 8 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 10 Pat. v. 9. Okt. 1795). Unter den Descendenten des Erblassers jedoch, welche zur Intestaterbfolge oder zur testamentarischen Erbfolge gelangen[7], findet ein gesetzliches Vorzugsrecht in Ansehung der Zutheilung und Übernahme des Bauerngutes statt. Dieses Vorrecht (sog. Anerbenrecht) wird begründet durch Geschlecht, Alter und Gradesnähe[8]: Anerbe (Grunderbe) ist zunächst der älteste Sohn, hierauf die älteste Tochter, dann der älteste Enkel, hiernach die älteste Enkelin u. s. f. (§. 5 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 3 Pat. v. 9. Okt. 1795)[9]. Der Anerbe, welcher von seinem Vorrecht Gebrauch macht und das Gut übernimmt, hat die Miterben nach dem wahren Gutswerthe, wie er durch Übereinkunft oder gerichtliche Schätzung bestimmt wird, abzufinden (§. 8 Pat. v. 9. Okt. 1790)[10]. Die Abfindung, welche somit die rechtliche Natur eines Surrogates für den Antheil am Gute hat, geschieht häufig in Form sog. Erbegelder, das ist in terminweisen unverzinslichen Theilzahlungen (Hfdkr. v. 8. Febr. 1803)[11].

[a] System I §. 41 Note 12. [b] Vgl. §. 7. 8 Pat. v. 9. Okt. 1795. Michel II Nr. 1127.

Anm. [1] Rößler, Abhandl. über das Erbrecht und die Erbfolge des Bauernstandes, in der Themis N. F. Hft 7 Nr. 6. Stubenrauch II S. 630 fg. — Über die Erbfolge in Bauerngüter nach deutschem Recht vgl. Pfeiffer, das deutsche Meierrecht 2. Ausg. 1858 S. 203 fg. Beseler, System Bd. 3 §. 187. Bluntschli, deutsch. Pr. R. 2. Aufl. §. 206. Gerber, System §. 253. Walter, deutsch. Pr. R. §. 509. 521 fg. Gengler, Lehrb. des deutschen Pr. R. S. 1371 fg. 1395 fg.

[2] „Der Erwerb eines (ehemaligen) Bauerngutes nemlich begründet für sich allein noch nicht den Bauernstand des Erwerbers, jene besonderen Vorschriften (Anm. 3) aber bezwecken die Erhaltung eines kräftigen Bauernstandes und galten auch früher nur für wirkliche Bauern." System I §. 41 Note 23. So war insbesondere durch Hfdkrt 30. Okt. 1788 erklärt worden, daß das josephinische Bauernerbfolgegesetz v. 3. April 1787 auf Einwohner der Städte, welche nebst ihrem Gewerbe ein Bauerngut besitzen, nicht anwendbar sei und daß nur die Untrennbarkeit der Bauerngüter bewahrt werden müsse. Rößler S. 103. Noch bestimmter und klarer spricht dies §. 9 Pat. v. 9. Okt. 1795 aus: „Die vorstehenden Anordnungen sind auch in Ansehung jener Einwohner der Städte zu beobachten, die ein Gewerbe treiben, das Bürgerrecht oder sonst einen Nahrungsweg haben, zugleich aber ein Bauerngut besitzen, welches sie wegen der nahen Lage selbst bauen können." Wenn daher heutzutage jemand ein ehemaliges Bauerngut kauft und dasselbe nicht selbst bebaut, sondern seinen bisherigen Beruf fortsetzend dasselbe verpachtet, so gebührt das untheilbare Bauerngut nicht seinem ältesten Sohn als gesetzlichem Anerben, sondern verbleibt im Miteigenthum sämmtlicher Erben. Vgl. §. 168 Ges. v. 9. Aug. 1854.

[3] Maßgebend ist das Pat. v. 29. Okt. 1790 (Michel II Nr. 1125) für Österreich ob und unter der Enns, mit geringen Modifikationen eingeführt in Steiermark durch Pat. v. 19. April 1793, in Krain durch Pat. v. 4. Jänn. 1793, in Tirol und Vorarlberg durch Pat. v. 9. Okt. 1795 (Michel II Nr. 1127) und in Böhmen durch Pat. v. 26. Mai 1791 (Michel II Nr. 1126). In Galizien wurde das Pat. v. 29. Okt. 1790 niemals kundgemacht, daher in diesem Kronland immer noch das Pat. v. 10. Mai 1787 als Fundamentalgesetz gilt. Vgl. darüber Tomaschek in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1840 I Nr. 6. Über die geschichtliche Entwicklung vgl. Rößler S. 97 fg. Im lombard. venez. Königreich hat der nexus subditelae nicht bestanden, daher auch keine Rusticalgüter daselbst gegeben: deshalb erklärte das Hfkzldkrt v. 2. Sept. 1819 die Berufung des §. 761 daselbst als unpraktisch. Auch in Dalmatien bestanden eigenthümliche Verhältnisse; vgl. darüber Schindler in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 I Nr. 8.

[4] Verordn. des Justizmin. v. 17. Juli 1850 (Michel II Nr. 1124): „Das Justizministerium findet zur Behebung vorgekommener Zweifel zu erklären, daß die in mehreren Kronländern bestehenden besonderen Vorschriften rücksichtlich der Erbfolge in Bauerngüter noch in so lange zu bestehen haben, bis über die durch die Gleichstellung der Staatsbürger vor dem Gesetz und durch die Aufhebung der Unterschiede zwischen Dominical- und Rusticalrealitäten bedingten Modifikationen dieser mit der Grundzerstücklungsfrage überhaupt im engen Zusammenhange stehenden Vorschriften ein besonderes Gesetz im verfassungsmäßigen Wege erlassen wird, wobei sich jedoch von selbst versteht, daß nach erfolgter Aufhebung des Unterthänigkeitsverban-

des das den ehemaligen Obrigkeiten eingeräumt gewesene Befugniß zur Ausschließung des zur Bewirthschaftung des Bauerngutes untauglichen Erben hinwegzufallen habe . . . ." System I §. 41. Vgl. jedoch Anm. 12.

[5] In §. 1 des Pat. v. 29. Okt. 1790 heißt es, daß auch in Ansehung des Bauernstandes die allgemeine Intestaterbfolgeordnung (nach dem Pat. v. 11. Mai 1786, dessen Inhalt bekanntlich [vgl. oben §. 32 Anm. 1] in das Gesetzb. v. J. 1811 übergegangen ist, Rößler S. 107. 108) zu gelten habe; in §. 5, daß „wenn nicht schon der Vater das Bauerngut einem Kinde namentlich zugedacht hätte, bei der Theilung zwischen mehreren Kindern das Bauerngut allezeit dem ältesten Sohne . . . . und im Abgange eines Sohnes der älteren Tochter zugetheilt werde solle"; in §. 8, daß wenn „der Besitzer eines Bauerngutes ohne Kinder verstorben ist, es der Willkür der Erben überlassen bleibt, wem aus ihnen sie das Gut zutheilen oder ob sie es veräußern wollen." Hieraus geht klar hervor, daß diese Vorschriften nicht die Erbfolge in das Bauerngut modificiren, sondern nur die Auseinandersetzung unter den Miterben in diesem Sinne regeln, daß sie m. a. W. nicht Erbgangs-, sondern Erbtheilungsvorschriften sind. Auch nach deutschem Recht ist das Recht des Anerben auf das Colonat in manchen Fällen „gar nicht als ein ausschließliches Erbrecht, sondern nur als ein Vorzug bei der schon gesetzlich bestimmten Vertheilungsart eines untrennbaren Theils der Erbschaft zu betrachten." Gerber, System 8. Aufl. §. 253 zu Note 9. (In früheren Auflagen war Gerber zu weit gegangen.) Vgl. auch Wedekind, die Reform des Meierrechts. Hft 1. 1861. S. 17 fg. 30 fg. Beseler Bd. 3 S. 125 lit. a. Gengler S. 1405. Es ist daher nicht zu billigen, obgleich in Folge der ungenauen Ausdrucksweise des §. 761 erklärlich, wenn man bei uns immer von einer besonderen gesetzlichen Erbfolge in Bauerngüter spricht. Eine Spur der richtigen Erkenntniß findet sich bei Rößler S. 96 (dem Stubenrauch II S. 631 folgt), wenn er sagt: „Doch begründen diese Eigenheiten über den Antritt eines ererbten Bauerngutes keine Änderung in dem Erbrechte selbst, es ist demnach nur das Bauerngut, nicht aber der an dessen Stelle tretende Werth der Gegenstand einer begünstigten Erbfolge." Ebenso bemerkt Tomaschek S. 86, daß „die übrigen Miterben in ihren Rechten auf den Werth des Bauerngutes und der anderweitigen Verlassenschaft nicht verkürzt werden und daher nur das Gut selbst, nicht aber auch der Werth desselben, das Objekt der Begünstigung sei." Aber auch in diesen Aussprüchen wird der einfache Grundgedanke (Regelung der Erbtheilung, nicht der Erbfolge), aus dem sich alles andere von selbst ergibt, weder vollständig erfaßt, noch präcis formulirt.

[6] §. 6 Pat. v. 9. Okt. 1795: „Wenn der Vater oder die Mutter nicht nur das Bauerngut einem Kinde namentlich zugedacht, sondern auch in einer letztwilligen Anordnung den Übernehmungspreis des Gutes selbst bestimmt hätte, soll es dabei zu verbleiben haben; nur in dem Falle, wenn die Miterben erweisen zu können glauben, daß der ihnen nach den bestehenden Gesetzen gebührende Pflichttheil durch eine allzugroße Begünstigung des Besitzers geschmälert werde, muß auf ihr Verlangen die Schätzung des Gutes vorgenommen, nach dem dadurch bestimmten Werth der Pflichttheil berechnet und solcher ohne Abbruch jedem Miterben hinausgegeben werden." Diese Anordnung enthält die richtige Durchführung richtiger Grundsätze

und hat daher in allen Fällen der Zuweisung einer Erbschaftssache um einen bestimmten Preis durch den Erblasser (§. 44 Note cc) Anwendung zu finden.

[7] Die Anm. 3 angeführten Patente sprechen zwar von dem gesetzlichen Vorrecht auf Übernahme des Bauerngutes nur bei der gesetzlichen Erbfolge, allein es ist nicht dem geringsten Zweifel unterworfen, daß alle diese Vorschriften auch bei der gewillkürten Erbfolge zur Anwendung kommen (vgl. Tomaschek S. 88 fg. Rößler S. 91 fg.), weil sie eben die Erbtheilung, nicht die Erfolge, regeln und auf dem Grundprinzip beruhen, daß jedes Bauerngut seinen Mann haben (mit dem Rücken besessen werden) soll, daher weder Einer mehrere gestiftete Bauerngüter (§. 2 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 3 Pat. v. 26. Mai 1791), noch Ein Bauerngut mehrere Herren haben darf. Über den Fall insbesondere, wenn ein Bauerngut zwei oder mehreren Personen vermacht wurde, vgl. Tomaschek S. 88 fg.

[8] Vgl. Pfeiffer S. 228 fg. Besitzt der Anerbe schon ein gestiftetes Bauerngut, so kann er doch das in der Erbschaft befindliche Bauerngut übernehmen, muß jedoch eines von beiden wieder (nicht gerade an einen der Miterben) veräußern. Rößler S. 120. 121. Vgl. jedoch Tomaschek S. 101 fg. Hat der Erblasser (ausnahmsweise) zwei Bauerngüter hinterlassen, so soll der älteste Sohn das eine wählen und das andere dem nächstältesten Sohne „zugetheilt" werden. §. 7 Pat. v. 9. Okt. 1795.

[9] Die Minderjährigkeit des Anerben benimmt ihm sein gesetzliches Vorzugsrecht nicht. Die sog. Interimswirthschaft (Runde, Rechtslehre von der Interimswirthschaft auf deutschen Bauerngütern, 1796. Pfeiffer S. 332 fg. Gerber §. 141. Bluntschli §. 206 Nr. 5. Walter §. 524 fg. Beseler §. 189. Gengler S. 1409 fg.) ist jedoch in Österreich ausdrücklich abgeschafft und insbesondere auch der aufgeheirathete Stiefvater sowohl von der Vormundschaft als von der Wirthschaft (außer etwa in Gemeinschaft mit der Mutter des Anerben) ausgeschlossen. Tomaschek S. 103 fg. Rößler S. 123 fg. 101 fg. — Da das sog. Anerbenrecht nur in einem Vorzug bei der Erbtheilung besteht, so gebührt dasselbe dem zweiten Sohne des Erblassers, wenn der Erstgeborene nach dem Erblasser aber noch vor der Erbtheilung gestorben ist, dieser mag nun seine Erbserklärung schon überreicht haben oder nicht, nicht etwa den Transmissaren desselben. Mit Unrecht behauptet Stubenrauch II S. 635 Note * das Gegentheil, indem er in dem Anerbenrecht irrthümlich ein ausschließliches Erbrecht sieht. Anm. 5.

[10] §. 5 des Pat. v. 9. Okt. 1795 fügt mit Recht in ganz passender Weise hinzu: „Im Falle der Schätzung ist der Werth mit Rücksicht auf alle Umstände dermaßen zu bestimmen, daß der eintretende Besitzer auf dem Gute wohl bestehen könne. Die Schätzmänner haben hiebei nicht nur die Eigenschaft und Beschwerden des Gutes, sondern auch ob der fundus instructus (richtiger: das Gutsinventar, Schiff und Geschirr, System I S. 456. 457) wirklich vorhanden sei oder nicht, genau zu erwägen und was aus der Mobiliarverlassenschaft dazu gehöre und unter dem Anschlag des Gutes zu verstehen sei (das gemeinrechtlich sog. allodium cum villa conjunctum), ausdrücklich zu bestimmen. Wenn jedoch keines der erbnehmenden Geschwister oder Erbsparteien dieses Gut um den ausgefallenen Schätzungspreis übernehmen wollte, noch das Gut in Hinsicht auf Cultur und die Unterhaltung

zweier Familien eine Zerſtücklung leidet, iſt ſelbes einem mehrbietenden Fremden kaufsweiſe zu überlaſſen und das hieraus erlöſte Geld in die gemeinſchaftliche Erbmaſſe zu werfen." Über Prinzip und Modus der Abfindung vgl. insbeſondere Pfeiffer S. 252 fg. Für das öſterr. Recht läßt ſich jedoch weder behaupten, daß das Bauerngut an ſich (ohne weiteres) für die Abfindung (Auslobung) verpfändet oder daß dieſe eine Reallaſt des Gutes ſei, noch (argum. Anm. 5; vgl. Walter §. 523 Note 2) daß die Abfindung (als Verſorgung) erſt mit der Verheirathung der Schweſtern reſp. der Anlegung einer ſelbſtändigen Ökonomie Seitens der Brüder fällig werde und als ein Gewinn bei dem Hofe zurückbleibe, falls ein Auszulobender noch vor eintretender Fälligkeit geſtorben iſt. Vgl. Pfeiffer S. 269 fg. 272 fg. Gerber §. 253 a. E. Walter §. 523. Gengler S. 1403 fg.

[11] Vgl. insbeſ. Rößler S. 122. 123. Über Erbegelder vgl. auch Glück Bd. 2 S. 538. 539. Dunker, Lehre von den Reallaſten §. 56.

[12] Die in dieſem §. erörterte Art der Auseinanderſetzung findet in jenen Ländern, in welchen die Theilung von Bauerngütern nicht mehr beſchränkt iſt, nicht mehr ſtatt. Geſ. 27. Jan. 1868 (R. G. Bl. Nr. 91) §. 1.

3. Anrechnung des Vorausempfangenen[1].

a) Bedeutung und Vorausſetzungen der Anrechnung.

§. 45.

Deſcendenten des Erblaſſers, welche denſelben in Gemeinſchaft mit anderen Deſcendenten beerben, müſſen ſich auf ihren Erbtheil gewiſſe Gaben des Erblaſſers anrechnen laſſen, von denen dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers gemäß anzunehmen iſt, daß er ſie nur auf Rechnung des künftigen Erbtheils des Empfängers vorausgewährt habe. Die Auffaſſung und Behandlung gewiſſer Gaben als eines Voraus aus dem und auf den künftigen Erbtheil, ſomit als eines Voraus nur der Zeit nicht dem Betrage nach[a], findet in Übereinſtimmung mit dem wahrſcheinlichen Willen des Erblaſſers im Intereſſe der übrigen Kinder zum Zweck der Herſtellung materieller Gleichheit unter ihnen bei der Beerbung des gemeinſamen Parens ſtatt[2]. Die Anrechnung beſteht ihrem Begriff nach in der Einrechnung gewiſſer Vorausempfänge auf den dem Empfänger zufallenden Erbtheil: ſie iſt ſomit weſentlich verſchieden von der Verpflichtung eines Miterben zur Bezahlung deſſen, was er dem Erblaſſer ſchuldet, eine Verpflichtung, welche er, er mag Erbe werden oder nicht,

[a] cf. L. 12. 13 C. de collationibus 6. 20. L. 1 §. 16 L. 3 §. 4 D. de collatione 37. 6. L. 35 D. fam. herc. 10. 2. Collat. leg. mos. et rom. XVI. 7.

und im ersteren Fall allen Miterben gegenüber nach Verhältniß ihrer Erbtheile erfüllen muß.

Die Anrechnung findet kraft Rechtsvorschrift nur bei der gesetzlichen Erbfolge statt; bei gewillkürter Erbfolge nur im Fall ausdrücklicher Anordnung des Erblassers (§. 790)[3]. Verpflichtet wie berechtigt zur Anrechnung sind die zur Erbfolge gelangenden[4] Descendenten des Erblassers, nur sie[5] aber auch sie alle[6], es müßte denn der Erblasser die Anrechnung ausdrücklich erlassen haben[b] (§. 792)[7], in welchem Fall aber unter Umständen dennoch zu Gunsten der übrigen Kinder eine theilweise Anrechnung stattfindet (§. 792)[8]. Enkel und Urenkel, welche an Stelle ihres vorverstorbenen Parens den gemeinschaftlichen Ascendenten beerben, müssen sich sowohl dasjenige anrechnen lassen, was sie selbst vom Erblasser, bei Lebzeiten[9] oder nach dem Tode ihres Parens, erhalten haben, als auch dasjenige, was ihr vorverstorbener Parens vorausempfangen hat, es mag ihnen dasselbe zugekommen sein oder nicht (§. 790)[10]. Recht und Pflicht zur Anrechnung gehen auf die Transmissare[c] der Berechtigten und Verpflichteten über[11].

Anm. [1] Pfizer, über die Collation der Descendenten, 1807 (dazu die Recension in den Heidelb. Jahrb. 1808 II S. 105 fg.). Francke, Grundzüge der Lehre des röm. Rechts von der Collation, in den civil. Abhandl. Nr. 4. Arndts, Art. Einwerfung im R. L. III S. 809 fg. Fein, das Recht der Collation, 1842 (dazu v. d. Pfordten in den krit. Jahrb. Bd. 8 S. 865 fg.). Ad. Schmidt, über das Prinzip der prätorischen Collation, in den Jahrb. des gem. Rechts Bd. 4 Nr. 2. Derselbe, das formelle Recht der Notherben (1862) S. 107...125. Keller, Grundr. §. 323. — Über das deutschrechtliche Einbringen abgefundener (abgeschichteter) Kinder bei der Erbtheilung: Sydow, das Erbrecht des Sachsensp. S. 87 fg. 91 fg. 319. Pauli, Abhandl. aus dem lübischen Recht Bd. 3 S. 90 fg. Siegel, das deutsche Erbr. §. 64. — Winiwarter, Bemerkungen über die Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil, in den Mater. Bd. 5 Nr. 3. Prockner, Bemerkungen über die Anrechnung der zu den im §. 788 erwähnten Zwecken erhaltenen Gaben bei der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge der Kinder in das Vermögen ihrer Eltern, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1825 II Nr. 41. — Über die Anrechnung nach preuß. Recht vgl. Witte, das preuß. Intestaterbr. S. 222...252.

[2] Grund der Anrechnung ist die präsumirte gleiche Liebe der Ascendenten zu ihren Descendenten, Zweck der Anrechnung Herstellung der aequalitas inter liberos servanda. cf. L. 17 C. h. t. 6. 20. Nov. 18 c. 6. Vgl. hierüber insbes. Fein S. 284 fg. Arndts im R. L. S. 830. In früherer Zeit hat man häufig Grund und

[b] cf. Nov. 18 c. 6. [c] L. 1 §. 8 L. 3 pr. D. h. t. 37. 6.

Zweck der poſitiv normirten Anrechnung zum Prinzip derſelben gemacht und daraus willkürliche Conſequenzen, beſonders hinſichtlich der Objekte der Anrechnung, abgeleitet; vgl. dagegen insbeſ. Francke in der angeführten Abhandlung.

[3] cf. L. 1. 7 C. h. t. 6. 20. In paſſender Weiſe (vgl. auch Brinz S. 723 fg.) weicht das bürg. Geſetzb. (welchem das ſächſ. Geſetzb. §. 2371, nicht auch der heſſ. Entw. Art. 330 folgt) von der tadelnswerthen Vorſchrift Juſtinian's (Nov. 18 c. 6) ab, wonach die Collation auch bei gewillkürter Erbfolge ſtattfindet, dafern der Erblaſſer ſie nicht ausdrücklich oder ſtillſchweigend ausgeſchloſſen hat; vgl. dagegen auch Francke S. 242 fg. 252 fg. Juſtinian's Motivirung, daß der Teſtator die Anordnung der Collation nur aus Vergeſſenheit oder in der Todesangſt verſäumt habe, „wird ſchwerlich einem gegründeten Tadel entgehen können." Fein S. 373. 378 fg. Die ausdrückliche Anordnung der Anrechnung im Teſtament wird im Zweifel nur die Herſtellung der aequalitas inter liberos zum Zweck haben, ſollten auch neben den Kindern noch fremde Perſonen zu Erben eingeſetzt ſein. Anm. 5. Über letztwillige und vertragsmäßige Anrechnung im Unterſchied von der geſetzlichen vgl. unten §. 46 Anm. 11.

[4] cf. L. 17 C. h. t. 6. 20. L. 25 C. fam. ercisc. 3. 36. Auch nach deutſchem Recht waren die abgeſonderten Kinder nur dann zum Einbringen (Einwerfen, Einlegen) verpflichtet, wenn ſie mit den unabgeſonderten Kindern zur Erbtheilung gehen wollten. Vgl. die Stellen bei Siegel §. 64 Note 817 und Sydow §. 22 Note 286. 313. Wenn Fein S. 365 behauptet, daß nach der (im öſterr. Recht allerdings geltenden) Auffaſſung der Conferenda als Anticipationsobjekte der Erbſchaft der Erbe „conſequenterweiſe, wenn er die Erbſchaft ausſchlüge, zur Rückgabe causa data non secuta verpflichtet wäre", ſo iſt dies unrichtig: der Erbe iſt zur Anrechnung (Collation) des Vorausempfangenen eben nur unter der Bedingung verpflichtet, daß er Erbe wird, da ihm die Gabe als ſolche unbeſchränkt und nur unter der Vorausſetzung ſeines Erbewerdens als Vorausgabe (Anrechnungsgegenſtand), ſomit nicht zum Zweck der Anrechnung, ſondern nur mit der Verpflichtung zu eventueller Anrechnung gewährt wird. Vgl. auch Motive zum heſſ. Entw. S. 190.

[5] Es hat daher der überlebende Gatte kein Recht auf die Anrechnung: der Erbtheil, an dem ihm der Nießbrauch zuſteht (§. 757), iſt nur nach dem effektiv vorhandenen Erbvermögen zu berechnen. Die entgegengeſetzte Behauptung Zeiller's II S. 815. 816 und Scheidlein's, Misc. Hft 2 §. 75 iſt in entſchiedenem Widerſpruch mit Grund und Zweck der Anrechnung und mit der hiſtoriſchen Entwicklung des Inſtituts (vgl. Fein S. 283. 284. Bangerow S. 462). In dem preuß. Landr., welches dem bürg. Geſetzb. in dieſer Materie durchwegs zum Vorbild gedient hat, heißt es ausdrücklich (II 2 §. 323): „Die .... Ausgleichung wegen der Ausſtattung geſchieht nur zwiſchen den Kindern unter ſich und geht den miterbenden überlebenden Ehegatten nichts an .... (§. 325) Daher kann auch der überlebende Ehegatte den ausgeſtatteten Kindern niemals etwas anrechnen noch von ihnen zurückfordern." Gegen Zeiller vgl. auch Rippel V S. 136. Winiwarter III S. 397. Stubenrauch II S. 745. Hat der Erblaſſer neben ſeinen Kindern noch dritte Perſonen zur Erbfolge berufen und einem Kinde die Anrechnung aufgetragen, ſo ſind, wie nach röm. Recht Fein S. 380 fg. Bangerow S. 462. Arndts im R. L. S. 832. Keller, Pandekt.

§. 540 Nr. 1. Seuffert §. 587 Anm. 3), im Zweifel doch nur die übrigen Kinder, nicht auch die Extranei berechtigt, die Anrechnung zu fordern. Vgl. auch Prockner in der angef. Abh. S. 322. Hess. Entw. Art. 336. Motive S. 192. 193.

[6] Es haben daher gegenüber einer dotirten Enkelin nicht nur deren Geschwister, sondern auch deren Oheime und Tanten, und Enkel von verschiedenen Kindern untereinander ein Recht auf Anrechnung. Nach österr. Recht ist gar nicht daran zu zweifeln, daß alle miterbenden Descendenten anrechnungsberechtigt sind (vgl. auch A. L. R. II 2 §. 359...361): „denn der anticipirte Erbtheil ist von der ganzen Erbschaft abgegangen und hat alle Erbtheile verkleinert" (Brinz S. 727). Dagegen ist es auf dem Gebiete des gemeinen Rechts sehr streitig, ob der Grundsatz des älteren Collationsrechts: ei confertur, cui aufertur auch noch für das neuere grundverschiedene Collationsrecht gelte oder nicht; vgl. dafür Bangerow S. 461. 462. Brinz S. 726. 727; dagegen Fein S. 277 fg. Arndts im R. L. S. 835. 836. Pandekt. §. 528 Anm. 3. Keller, Pandekt. §. 540 Nr. 1. Schmidt in der angef. Abhandl. S. 121.

[7] Der Wille des Erblassers, die Anrechnung auszuschließen, kann wie sofort bei der Zuwendung so auch später in beliebiger Form erklärt werden, da der Erlaß der Anrechnung überhaupt keine Verfügung über den Nachlaß enthält, sondern nur die gesetzliche Auffassung der Vorausgewährung als einer Anticipation des Erbtheils, als eines Vorschusses auf die künftige Erbportion, beseitigt. Arndts im R. L. S. 833. Fein S. 394 fg. 400 fg. Mit Unrecht scheinen unsere Schriftsteller (z. B. Zeiller II S. 819. Stubenrauch II S. 747) Erklärung in Testamentsform zu verlangen. (Theilweise richtig Hüttner, Lehre von der gesetzl. Erbf. S. 194.) — Es ist eine Behauptung mancher gemeinrechtlicher Schriftsteller (vgl. die bei Fein S. 402 Note 17 Angeführten und Puchta, Vorles. II S. 441) und einiger österr. Commentatoren (Winiwarter III S. 398. 399. Stubenrauch II S. 746 fg.; dagegen Nippel V S. 140. Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 78. Hüttner, Lehre von der gesetzl. Erbf. §. 65. Prockner in der angef. Abhandl. S. 329 fg.), daß der Erblasser die Anrechnung nur insoweit erlassen könne, als dadurch der Pflichttheil der übrigen Kinder nicht verletzt werde. Diese Behauptung, welche auch in das A. L. R. II 2 §. 391, in das sächs. Gesetzb. §. 2370 und in den hess. Entw. Art. 331. 339 übergegangen ist, ist doch wohl unrichtig. Die Notherben haben nur Anspruch auf einen gewissen Theil, nicht auf eine gewisse Größe des Erbvermögens: sie können nur verlangen, daß der ihnen gebührende Theil des wirklichen Erbvermögens nicht geschmälert werde, nicht auch daß er durch Zulassung der Anrechnung vergrößert werde. Die Notherben haben gegenüber solchen definitiven Vorausempfängen der begünstigten Kinder nur nach Beschaffenheit der Sachlage das Rechtsmittel der querela inofficiosae donationis s. dotis (§. 951). Vgl. insbes. Fein S. 402. 403. Seuffert §. 587 Note 6. Gerade aus der Erwägung dessen, daß der Erblasser die Anrechnung ohne weiteres erlassen könne, ist die Schlußanordnung des §. 792 hervorgegangen (vgl. Zeiller II S. 818 fg.), welche dem preuß. Landr. II 2 §. 313 fg. (Witte S. 247 fg. Zürcher Gesetzb. §. 1913) entlehnt ist, jedoch im österr. Recht (durch den Anschluß an den ersten Satz des §. 792, statt an die Schlußbestimmung des §. 793) eine andere, m. E. minder passende, Stellung und Bedeutung erlangt hat (vgl. jedoch Zeiller II S. 821. Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 85). Und wie sollte man es denn

in dem Falle halten, wenn der Erblasser seine Kinder zu Erben eingesetzt und dem Vorausbedachten die Anrechnung nicht ausdrücklich aufgetragen hätte?

[8] Gegen die willkürliche Behauptung Winiwarter's III 399. 400, daß die Geschwister nicht bloß die Kosten der Erziehung zu bestreiten, sondern diese selbst zu übernehmen hätten, vgl. Stubenrauch II S. 748. 749. Unter „Eltern" im §. 792 sind doch wohl auch die Großeltern (§. 42) zu verstehen; vgl. auch Zeiller II S. 820. Rippel V S. 141. Stubenrauch II S. 749 gegen Winiwarter III S. 400. 401 (vgl. jedoch auch A. L. R. II 2 §. 322). Ganz willkürlich und unhaltbar ist die Behauptung Scheidlein's, Miscell. Hft 2 §. 82. 84, daß in solchem Fall auch die nichtanrechnungspflichtigen Gaben anzurechnen seien.

[9] Die entgegengesetzte Bestimmung findet sich im A. L. R. II 2 §. 363. 364 (Witte S. 230. 231; vgl. hess. Entw. Art. 334); allein es ist kein Grund vorhanden, sie in den §. 790 hineinzutragen (lege non distinguente nec nostrum est distinguere), da sich die Auffassung der Vorausgabe als einer (eventuellen) Antizipation des Erbtheils immerhin damit verträgt, daß der Enkel zur Zeit des Empfangs noch nicht unmittelbarer Intestaterbe war. Vgl. insbes. Bangerow S. 460. 461. Arndts im R. L. S. 844. Fein S. 362 fg. Ebenso sächs. Gesetzb. §. 2358. Daß den zur Erbfolge gelangenden Kindern die Vorausempfänge ihrer Kinder (der Enkel und Urenkel des Erblassers nicht angerechnet werden können, versteht sich von selbst. Vgl. hess. Entw. Art. 332. A. L. R. II 2 §. 363. Adoptivkinder müssen sich nur das anrechnen lassen, was sie nach der Adoption vorausempfangen haben, da zur Zeit eines früheren Empfangs das präsumtive Erbfolgerecht noch gar nicht bestand. Bangerow S. 461. Sächs. Gesetzb. §. 2355. Hess. Entw. Art. 326.

[10] Diese Entscheidung (welche sich ausdrücklich im preuß. Landr. II 2 §. 365, im zürch. Gesetzb. §. 1911, im hess. Entw. Art. 333 und im sächs. Gesetzb. §. 2359 findet) ergibt sich consequent aus der Auffassung des Vorausempfangs als eines Voraus auf den künftigen Erbtheil in Verbindung mit der Ausgleichung der Erbportionen sowohl bei der successio in stirpes als bei der successio in capita: die Stammportionen sollen, wie die Kopfportionen, von gleicher Größe sein. Überdies hängt diese Behandlungsweise mit der älteren deutschrechtlichen Abschichtung der Kinder zusammen, an deren Stelle die sog. Ausstattungscollation getreten ist: auch in jenem Fall konnten die Enkel wie die Kinder sich nur durch Einbringen des von diesen (ihren Eltern) Vorausempfangenen zu der Erbtheilung Zutritt verschaffen, vorausgesetzt daß nicht etwa ein Erbtheilungsverzicht von den abgefundenen Kindern geleistet worden war. Vgl. auch Siegel §. 44 Note 510. Witte S. 231. 232. Auf dem Gebiete des röm. Rechts ist diese Frage wegen L. 19 C. h. t. 6. 20 gar sehr bestritten, sowohl was die Geltung als was Grund und Umfang der Geltung dieser Bestimmung betrifft. Arndts im R. L. S. 843. 844. Brinz S. 727 fg.; dagegen Fein S. 352 fg. Bangerow S. 459. 460. Puchta, Vorles. II S. 442.

[11] Nicht auch auf Substituten und Accrescenzberechtigte. Fein S. 366 fg. 391 fg. Arndts im R. L. S. 831. Zu allgemein lautet sächs. Gesetzb. §. 2360.

b) Gegenstand der Anrechnung.

§. 46.

Gegenstand der Anrechnung können nur bei Lebzeiten des Erblassers empfangene Gaben desselben sein (§. 788. 790). Der Natur der Sache nach bilden letztwillige Zuwendungen, insbesondere Vermächtnisse, keinen Gegenstand der Anrechnung, da man nicht annehmen kann, daß der Erblasser ein Vermächtniß zugleich aussetzen und doch wieder nicht aussetzen wollte[1]. Dennoch ist kraft gesetzlicher Vorschrift (§. 671) das für eine Tochter ausgesetzte Vermächtniß des Heirathsgutes, wenn es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtniß erklärt wurde, als Hineinvermächtniß aufzufassen und sowohl bei der gesetzlichen als bei der gewillkürten Erbfolge in den Erbtheil der bedachten Tochter einzurechnen[2].

Die anzurechnenden Gaben[3], welche sich im allgemeinen unter den Gesichtspunkt einer Ausstattung oder Versorgung des bedachten Kindes bringen lassen[a], sind (§. 788): 1) das der Tochter gegebene Heirathsgut[b]; 2) die dem Sohne gegebene Heirathsausstattung (§. 1231)[4]; 3) der Betrag des dem Sohne oder der Tochter zur Begründung oder Fortsetzung[5] eines eigenen Gewerbes oder zum Antritt eines Amtes oder Dienstes Gegebenen[6]; 4) die zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendete Summe[7]. Anderweitige Gaben sind nicht anzurechnen (§. 791)[8], sollte gleich das beschenkte Kind mit anrechnungspflichtigen Kindern zusammentreffen[9]. Doch kann der Erblasser Gaben, welche der gesetzlichen Anrechnung nicht unterliegen[10], sowohl durch sofortige Anordnung bei der Zuwendung[11] als durch letztwillige formgerechte Verfügung der Anrechnung unterwerfen[c]: hierin liegt eine gewöhnliche Auflage, durch deren nachträgliche Anordnung jedoch der Pflichttheil des Empfängers nicht geschmälert werden kann (§. 774).

Anm. [1] Man hat in früherer Zeit den Ausspruch der L. 20 C. h. t. 6. 20, daß was in den Pflichttheil einzurechnen ist auch zu conferiren sei, verkehrter Weise dahin mißverstanden, daß auch Vermächtnisse conferirt werden müßten. Diese Auffassung, welche sich auch noch im Cod. civ. a. 843 (Frey, Lehrb. Bd. 3 §. 713. 717) findet, ist heutzutage allgemein aufgegeben. Fein S. 235 fg. Bangerow S. 463. Arndts §. 529 Anm. 1. Buchholz, die Lehre von den Prälegaten S. 350. 351.

[a] Vgl. A. L. R. II 2 §. 303 fg. [b] L. 17 C. h. t. 6. 20. [c] Vgl. Samml. Nr. 292.

[2] Es ist einerseits vergebene Mühe, für die ganz singuläre, nach allen Seiten hin Anstoß erregende Vorschrift des §. 671 (westgal. Gesetzb. II §. 460) einen befriedigenden Rechtfertigungsgrund aufzusuchen (Härdtl, über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichttheil S. 137...143), andererseits willkürliches Beginnen, die betreffende Anordnung auf die eine oder die andere Weise zu restringiren (Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1831 II Nr. 24, Rippel IV S. 325 fg.) oder die Anordnung des §. 790 zu extendiren (Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 73): lex dura sed ita scripta. Winiwarter III S. 196 fg. Stubenrauch II S. 479 fg. In dem Fall, den Zeiller II S. 615. 616 unterstellt (Ausstattung älterer Töchter bei Lebzeiten) würde man höchstens auf den Willen des Erblassers schließen können, auch den früher ausgeheiratheten Töchtern die Anrechnung des Heirathsgutes zu erlassen: woher weiß man denn aber so sicher, daß der Erblasser das mit dem Vermächtniß honorirte Kind nicht wirklich vor den andern begünstigen wollte?

[3] Über das gem. Recht in dieser Beziehung vgl. insbes. Francke in der §. 45 Anm. 1 angef. Abhandl., der diese Lehre zuerst wieder auf feste Grundlagen gestellt und von Jahrhunderte alten Irrthümern gereinigt hat. Fein S. 199...264. Arndts im R. L. S. 837 fg. 842 fg. Pandekt. §. 529 Anm. 2.

[4] Die Widerlage (§. 1230. 1231) ist nicht einzurechnen, da diese im Unterschied von der allerdings zu conferirenden donatio propter nuptias (L. 17 C. h. t. 6. 20. Francke S. 194 fg. Fein S. 201 fg.) im deutschrechtlichen Sinn eine Versorgung der Witwe, nicht des verheiratheten Sohnes, enthält (Gerber, System 239. Walter, System §. 200) und überdies die anrechnungspflichtigen Gaben, durch das Gesetzbuch bestimmt, eine Erweiterung im Wege der Interpretation nicht zulassen. Fein S. 264. Vgl. auch hess. Entw. Art. 326 Nr. 2. Sächs. Gesetzb. §. 2354; dagegen jedoch A. L. R. II 2 §. 305. Man mochte etwa (jedoch ohne triftigen Grund, vgl. Fein S. 262 Note 154) darüber zweifeln, ob dos und donatio propter nuptias auch dann zu conferiren seien, wenn ihre Bestellung nicht auf einer Liberalität des Ascendenten beruht: es ist aber ganz und gar verkehrt und dem Wesen des Verhältnisses widersprechend, wenn umgekehrt Prockner in der im vorigen §. Anm. 1 angef. Abhandl. S. 278 fg. 292 fg. 296 nur die dos (und Ausstattung) necessaria nicht auch die voluntaria für anrechnungspflichtig hält (vgl. dagegen auch Ellinger zu §. 788. Winiwarter III S. 378. Stubenrauch II S. 724. 725): es kommt in Ansehung der Anrechnung nicht weiter darauf an, ob Heirathsgut und Ausstattung freiwillig oder in Erfüllung einer Rechtspflicht bestellt wurden. Hüttner, Lehre von der gesetzlichen Erbfolge S. 185 und Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 61 verstehen wohl mit Unrecht unter der Ausstattung (§. 788) das dem Sohne zur Begründung und Führung einer eigenen Haushaltung ohne Rücksicht auf dessen Verehelichung Gegebene: dagegen auch Prockner S. 296. Winiwarter III S. 377.

[5] §. 788 spricht zwar nur von Söhnen: allein es kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß dasselbe in Ansehung von Töchtern gelte, deren wohl nur wegen ihrer früheren regelmäßigen Ausgeschlossenheit vom selbständigen Betriebe eines Gewerbes nicht Erwähnung gemacht wurde. Vgl. auch Hüttner, Lehre von der gesetzl. Erbfolge S. 186. 187. A. L. R. II 2 §. 304. 305. Hess. Entw. Art. 326. Sächs. Gesetzb. §. 2354; a. M. Prockner S. 298. Ebensowenig ist zu bezweifeln,

daß das zur Fortsetzung des eigenen Gewerbes Gegebene anzurechnen sei, obgleich §. 788 nicht ausdrücklich davon spricht. Vgl. auch die angeführten fremden Gesetze; a. M. ohne hinreichenden Grund Prockner S. 300, mit Einmischung seiner unrichtigen Grundannahme, daß die anzurechnende Gabe eine Pflichtgabe sein müsse.

[6] Nicht anzurechnen sind daher (vergl. auch hess. Entw. Art. 328. Zürch. Gesetzb. §. 1912; anders zum Theil sächs. Gesetzb. §. 2354) Alimente, Erziehungskosten, Studienkosten, Kosten einer Bildungsreise, Kosten für die Befreiung vom Militärdienst, Kosten der Erlangung eines Titels, einer Würde (cf. L. 1 §. 16 D. h. t. 37. 7) oder eines academischen Grades, letzteres selbst dann nicht, wenn der Doktorsgrad eine selbständige Stellung und Beschäftigung im Leben gewährt, in welchem Fall man gewöhnlich eine Anrechnungspflicht annimmt (Zeiller II S. 810. Scheiblein §. 62. Prockner S. 298. Hüttner S. 191. 192. Stubenrauch II S. 724): denn fallen auch die anrechnungspflichtigen Gaben unter den Gesichtspunkt einer Versorgung des Kindes, so ist doch nicht umgekehrt alles anzurechnen, was und weil es unter diesen Gesichtspunkt fällt. Allgemeiner lautete noch die Vorschrift des westgal. Gesetzb. II §. 574. (Über die heutzutage unpraktische Collation der Militia nach röm. Recht vgl. insbes. Fein S. 207 fg. 263.)

[7] Ein solcher Aufwand dient zwar nicht zur Begründung, wohl aber zur Erhaltung der Selbständigkeit des Kindes: es stellt sich darin wenn nicht eine Versorgung, so doch eine Vorsorgung dar. Ebenso hess. Entw. Art. 326 Nr. 3. Motive S. 187. Zürch. Gesetzb. §. 1909. (Vgl. auch A. L. R. II 2 §. 395.) Vgl. Hüttner S. 187 fg. Prockner S. 300 fg.

[8] Aus der Fassung des §. 791 darf man nicht etwa schließen, daß wenn die Eltern die „Erstattung" sich ausbedungen haben, die Gabe anrechnungspflichtig im technischen Sinne sei: es entsteht vielmehr, da credendi animo gegeben ist, eine wahre Erbschaftsschuld. cf. L. 50 D. fam. herc. 10. 2. L. 34 D. de negot. gest. 3. 5. L. 11 C. eod. 2. 19.

[9] Dadurch kann freilich gar leicht eine Ungleichheit herbeigeführt werden, wenn z. B. die dotirte Tochter mit einer beschenkten ledigen Tochter oder einem reich beschenkten Sohne concurrirt. Vgl. Francke S. 200. 241. 242. 255. 256. Diesem Übelstande suchte die L. 20 §. 1 C. h. t. 6. 20 abzuhelfen, aber freilich selbst wieder in unbefriedigender Weise. Fein S. 217 fg. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2356 (jedoch mit unrichtiger Beschränkung auf donationes simplices inter vivos; vgl. Arndts im A. L. S. 839. Fein S. 226 fg.).

[10] Insbesondere auch solche Gaben, die vermöge Rechtsnothwendigkeit gegeben werden, wie Alimente und Erziehungskosten: ist doch auch die dos necessaria zu conferiren. Vgl. insbes. Fein S. 408 fg. Puchta, Vorles. II S. 444. Zürch. Gesetzb. 1911. Die entgegengesetzte unrichtige Ansicht ist in den hess. Entw. Art. 327 übergegangen. Desgleichen kann der Erblasser auch Personen, welche nicht anrechnungspflichtig sind, die Anrechnung gewisser Empfänge in den gesetzlichen oder letztwilligen Erbtheil auftragen: so kann insbesondere ein den Eltern (oder Geschwistern) gemachter Vorschuß unter Umständen (wenn weder solvendi, noch credendi, noch donandi animo gegeben ist) als Erbvorschuß geleistet und daher anrechnungs-

pflichtig ſein; arg. §. 789 (vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 575). Vgl. auch zürch. Geſetzb. §. 2024.

[11] L. 20. §. 1 i. f. C. h. t. 6. 20. Simplex donatio non aliter confertur, nisi hujusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit. cf. L. un. C. ut act. 4. 11. Insbeſondere iſt eine Gabe auch dann in den geſetzlichen Erbtheil anzurechnen, wenn ſie mit der Auflage der Einrechnung in den Pflichttheil gegeben wurde (L. 25 pr. D. de inoff. test. 5. 2. L. 35 §. 2 C. eod. §. 28. §. 6 I. eod. 2. 18), hinterher jedoch nicht teſtamentariſche, ſondern geſetzliche Erbfolge eintritt. Über ſolche vertragsmäßig und letztwillig angeordnete Anrechnung vgl. Fein S. 403 fg. Arndts im R. L. S. 844. 845. Pandekt. §. 529 a. E. Brinz S. 719. Vgl. auch heſſ. Entw. Art. 325; zu eng ſächſ. Geſetzb. §. 2357, vgl. §. 2370.

c) Art der Anrechnung.

§. 47.

Die Art der Anrechnung beſtimmt ſich durch die Natur des Vorempfangs als einer Abſchlagszahlung auf den künftigen Erbtheil und durch das Weſen der Anrechnung als einer Einrechnung auf den Erbtheil. Hienach wird die Anrechnung bewerkſtelligt[1] durch Hinzurechnung des Werthbetrags des Vorempfangs zu dem Erbvermögen[2], welches unter die zur Anrechnung Berechtigten und Verpflichteten zu vertheilen iſt[3], und durch Abrechnung dieſes Betrags von dem auf den anrechnungspflichtigen Erben entfallenden Theil des Geſammtvermögens[4]. Überſteigt der Betrag des Vorausempfangenen die Größe der Erbportion, ſo iſt das begünſtigte Kind, obgleich es die Erbſchaft angetreten hat, nicht verpflichtet, den Überſchuß herauszugeben (§. 793)[a] und die Erbtheilsbeträge der übrigen Kinder erleiden eine verhältnißmäßige Herabminderung[5]. Der Betrag des Vorempfangs als einer Vorausleiſtung aus dem künftigen Erbvermögen iſt ohne Rückſicht auf deſſen ſpätere Schickſale in der Regel nach dem Werth der Gabe zur Zeit der Zuwendung in Anſchlag zu bringen[6], bei beweglichen Sachen jedoch, mit Ausnahme von baarem Geld, nach dem Werth derſelben zur Zeit des Erbanfalls (§. 794)[7].

Anm. [1] Das bürg. Geſetzb. (§. 793) ſchreibt gleich ſeinem Vorbilde, dem A. L. R. II 2 §. 303. 309. 365, eine andere Formel für die Anrechnung vor: hienach ſoll die Anrechnung dadurch geſchehen, „daß jedes Kind den nemlichen Betrag noch

[a] Samml. Nr. 107.

vor der Theilung erhält." Diese Formel führt, soweit sie anwendbar ist, zu demselben Resultate, wie die im Text angegebene. Allein sie erschwert und complicirt unnöthigerweise die Berechnung, wenn ein vorausbegünstigter Enkel mit seinen Geschwistern und mit Gliedern anderer Stämme concurrirt, indem ein doppeltes Vorwegnehmen, zuerst von Seite der übrigen Stämme und dann wieder innerhalb des Enkelstamms, stattfinden muß (vgl. auch Witte § 73 Note 2) und ist sie unanwendbar, wenn der Betrag des Vorausempfangs so bedeutend ist, daß das Erbvermögen zur ausgleichenden Vorausbetheiligung der übrigen Descendenten nicht ausreicht (vgl. A. L. R. II 2 §. 310. 311 und das Exempel bei Stubenrauch II S. 752. welches derselbe jedoch m. E. unrichtig löst: in dem dort gegebenen Falle hat D $2666^2/_3$, C $1666^2/_3$, F $1666^2/_3$ zu erhalten). Die Formel des §. 793 führt jedoch in manchen Fällen geradewegs zu unrichtigen Resultaten. So zunächst, wenn mit den Kindern ein überlebender Gatte concurrirt: wollte man hier jene Formel unbedingt zur Anwendung bringen, so käme der Ehegatte zu kurz, dessen Portion vielmehr unabhängig von dem Voraus der Kinder zu berechnen ist. (Im A. L. R. II 2 §. 324 heißt es ausdrücklich: „Der überlebende Gatte nimmt den ihm zukommenden Erbtheil aus der Masse, ehe noch die Ausgleichssummen für die unausgestatteten Kinder davon abgezogen werden.") Vollends dann aber führt jene Formel zu unrichtigen Resultaten, wenn der Erblasser seine Kinder zu ungleichen Theilen zu Erben eingesetzt und denselben die Anrechnung des Vorempfangs aufgetragen hat (§. 790): wollte man hier das nicht- oder minderbegünstigte Kind denselben Betrag aus dem Erbvermögen vorausnehmen lassen, den das begünstigte Kind voraus erhalten hat, so würde man dem Willen des Erblassers zuwider die Kinder in dieser Beziehung wie zu gleichen Theilen eingesetzte Erben behandeln, während sie doch der Erblasser zu ungleichen Theilen zur Erbfolge berufen hat. Aus diesen Gründen empfiehlt es sich, an Stelle der Formel des §. 793 die im Text angegebene einfache und für alle Fälle ausreichende Rechnungsmethode zu setzen, die denn auch von Winiwarter III S. 403 für complicirtere Fälle empfohlen wird und in einem sehr einfachen Fall im Formulare VI zum Ges. v. 9. Aug. 1854 zur Anwendung gebracht ist. Vgl. auch Prockner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1825 II Nr. 41. Hüttner §. 66. Scheidlein, Miscell. Hft 2. §. 83. Vgl. hess. Entw. Art. 337.

[2] Es findet somit nach österr. Recht wie nach preuß. Recht (ebenso vielleicht nach dem zürch. Gesetzb. §. 1908 und gewiß nach dem hess. Entw. Art. 337. 338) nur eine sog. Idealcollation, durch Zurechnen des Kapitalwerths der Vorempfänge, statt, nicht eine sog. Realcollation, durch Zutragen (Zubringen, Einbringen, Einwerfen, Einlegen, in medium conferre) der vorausempfangenen Gegenstände in Natur (sog. Naturalcollation) oder doch nach ihrem Werth zur Zeit der Erbtheilung (Werthcollation), wie nach röm. Recht (L. 1 §. 11. 12 D. de collat. 37. 6. Fein S. 298 fg. 304 fg. Arndts im R. L. S. 845 fg.), nach deutschem Recht (was Witte S. 227, und ihm folgend Koch preuß. R. II §. 880 Nr. II verkennt), nach französ. Recht (bei Immobilien, sog. rapport, Cod. civ. art. 843 sq. Zachariä Bd. 4 §. 627 fg. Frey Bd. 3 §. 713 fg.) und nach dem sächs. Gesetzb. §. 2363 fg. Aus diesem Prinzip der Idealcollation, welches selbst wieder die Folge der Auffassung der Vorempfänge als Vorausleistungen auf die künftige Erbschaft ist, ergeben sich von selbst die weiteren Consequenzen (Anm. 5. 6) und überdies die Nichtberechtigung des An-

rechnungspflichtigen zur Einbringung der vorausempfangenen Gegenstände in Natur. Vgl. auch Fein S. 365. Auch ergibt sich daraus von selbst der Einfluß der Anrechnung auf die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger und Legatare, sowie auf die Bemessung der Nachlaßgebühren. Witte §. 74.

[3] Concurriren daher mit solchen Erben noch andere, so wird nach Ausscheidung des Antheils der letzteren das um den Betrag des Vorempfangs vermehrte Erbvermögen unter den Anrechnungs-Berechtigten und Verpflichteten nach Proportion ihrer Erbtheile vertheilt, gleich als gelangten sie allein zur Erbfolge. Hat der Erblasser seine mit 3000 dotirte Tochter auf $^2/_4$, seinen Sohn auf $^1/_4$ und einen Fremden auf $^1/_4$ seines Erbvermögens von 12000 eingesetzt und der Tochter die Anrechnung aufgetragen, so erhält der Fremde 3000, der Sohn 4000, die Tochter 5000. Vgl. über diese Berechnungsweise auch Fein S. 281 fg. 380 fg. Arndts S. 836. 837. Bangerow S. 462. Brinz S. 731; während Andere, wie jetzt auch Keller, Pandekt. §. 540 Nr. 1, mit Verletzung des Prinzips, daß das vorausbedachte Kind nicht besser stehen soll als die übrigen Kinder, den Antheil des Vorempfangs, der bei Verbleibung der Vorausgabe in der Erbschaft auf den Extraneus gefallen sein würde, dem Anrechnungspflichtigen belassen wollen. (Hienach erhielte in obigem Beispiel der Fremde 3000, der Sohn 3750, die Tochter 5250).

[4] Beispiel: Von den drei Kindern des 20000 hinterlassenden A hat B 4000 vorausempfangen. Das Gesammtvermögen = 24000. Hienach bekömmt C 8000, D 8000 und von den 8000 des B sind die vorausempfangenen 4000 abzuziehen. Die Anrechnung läßt sich noch auf eine andere zu demselben Ziele führende Weise vornehmen: durch Berechnung der Erbtheilsbeträge nach dem wirklich vorhandenen Erbvermögen, Berechnung der Antheile der Anrechnungsberechtigten an dem Betrag des Vorausempfangenen und Abzug dieser Beträge von dem Erbtheilsbetrage des Anrechnungspflichtigen. Obiges Beispiel: jedes Kind $^1/_3$ von 20000 = $6666^2/_3$: jedes Kind $^1/_3$ von 4000 = $1333^1/_3$; hienach bekömmt C $6666^2/_3 + 1333^1/_3 = 8000$, ebenso D; B erhält $6666^2/_3 - 2666^2/_3 = 4000$.

[5] Beispiel: A hinterläßt 9000, zwei Söhne B und D und von dem verstorbenen Sohne C zwei Enkel E und F; E hat 6000 vorausempfangen. Das Gesammtvermögen beträgt hienach mit Zuschlag des Vorausempfangs zu dem Erbvermögen 15000. Davon auf B $^1/_3 = 5000$, auf D $^1/_3 = 5000$, auf E $^1/_6 = 2500$, auf F $^1/_6 = 2500$. E entfällt, da er 6000 vorausbekommen hat. Sonach stellt sich das Verhältniß von B, D und F heraus als 5000 : 5000 : 2500 = 2 : 2 : 1 und es erhält von 9000 B $^2/_5 = 3600$, D $^2/_5 = 3500$, F $^1/_5 = 1800$. Ebenso A. L. R. II 2 §. 312. Hess. Entw. Art. 331. Motive S. 190. Nach gem. Recht kann der Descendent, da er den ganzen Vorausempfang conferiren muß, sollte er gleich in der Erbschaft keinen Ersatz dafür finden, Einbuße am Vorausempfangenen leiden: doch kommt es noch darauf an, ob man die Collationspflicht durch den Erbschaftsantritt für definitiv und unwiderruflich begründet hält oder dem Erben, der die Collation nicht versprochen hat, noch den Verzicht auf seine Erbportion gestattet. Vgl. Arndts, Pandekt. §. 530 Anm. 4. Brinz S. 735. (Zu weit geht jedenfalls das sächs. Gesetzb. §. 2361: es wird hiebei übersehen, daß der Collationspflichtige selbst partem facit bei der Vertheilung der Conferenda: L. 1 §. 24 D. h. t. 37. 6. L. 12. 19 C. h. t. 6. 20. Sächs. Gesetzb. §. 2362.)

[6] Es kommen daher einerseits Zuwachs, Zinsen und Früchte des Vorausempfangenen nicht in Betracht, andererseits aber wird auch der Empfänger durch zufälligen Untergang oder casuelle Verschlechterung des vorausempfangenen Gegenstandes von der Anrechnungspflicht nicht befreit. Vgl. A. L. R. II 2 §. 306. 307. 331 fg. Hess. Entw. Art. 338. Fein S. 365. 409. 410. Anders verhält es sich in allen diesen Beziehungen nach röm. Recht, da der Collationspflichtige einwerfen muß, um was er durch die Gabe zur Todeszeit des Erblassers bereichert ist (Arndts im R. L. S. 840. 841. Pandekt. §. 530; vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2364 fg.), und nach deutschem Recht: insbesondere wird auch nach deutschem Recht das abgesonderte Kind durch zufälligen Untergang von der Einrechnungspflicht befreit, Pauli S. 96; dies verkennt Witte S. 227. — Ist baares Geld gegeben worden und hat hierauf eine Veränderung der Münzverhältnisse stattgefunden, so ist diese bei der Anrechnung zu berücksichtigen. Pat. v. 27. April 1858 §. 5. Öffentliche Obligationen sind doch wohl (arg. 229. 230. 371. 680. 985. 1227. System I S. 380), abweichend vom preuß. Recht (A. L. R. II 2 §. 332. Witte S. 245), nach dem Curswerth zur Zeit des Erbanfalls, nicht zur Zeit der Zuwendung, zu berechnen. Hüttner S. 203. Prockner im Jurist. Bd. 4 S. 40 fg. Stubenrauch II S. 753. Bei vorausgegebenen Privatforderungen kommt dasjenige in Anrechnung, was der Empfänger, ohne daß ihm in Ansehung der Eintreibung ein Verschulden vorgeworfen werden kann, vom Schuldner erhalten hat; arg. L. 49. D. de J. D. 23. 3. §. 1397 fg. Witte S. 245. Prockner S. 43 fg.

[7] Diese Bestimmung des §. 794 ist gleich dem ganzen Paragraph dem A. L. R. II 2. §. 346 (vgl. §. 332. 333) entlehnt: „Ist keine Bestimmung des Erblassers (über den Werth der Mobilien) vorhanden, so muß der Werth nur so, wie er zur Zeit der Erbtheilung wirklich ist, angeschlagen werden." Diese Bestimmung ist hier wie dort prinzipwidrig und unpassend, da sie an Stelle der Idealcollation plötzlich die Realcollation (Werthcollation, Anm. 2) setzt. Mit Recht bemerkt auch Witte S. 245 dagegen: „Diese Bestimmung widerstreitet offenbar dem allgemeinen Prinzip der preuß. Collation und dürfte höchstens subsidiarisch, wenn nämlich Quantität und ursprünglicher Werth der gegebenen Mobilien nicht mehr zu ermitteln sind, gerechtfertigt werden können." Der hess. Entw. hat denn auch mit Recht diese anomale Bestimmung nicht aufgenommen. Vgl. auch Cod. civ. a. 868. Im bürg. Gesetzb. ist aber die Sache dadurch noch verschlimmert und das prinziplos hereingebrachte Prinzip der Realcollation selbst wieder verletzt worden, daß die Zeit des Erbanfalls statt der Zeit der Erbtheilung als Zeitpunkt für die Veranschlagung des anzurechnenden Werthes festgesetzt wurde. Da es sich nun bei Mobilien um Realcollation handelt, so muß man consequent auch für das österr. Recht behaupten, was das A. L. R. II 2 §. 347 ausdrücklich vorschreibt, daß jene beweglichen Sachen, welche ohne Dolus (cf. L. 1 §. 23 D. h. t. 37. 6) des Empfängers zur Todeszeit vernichtet, verbraucht oder verloren sind, bei der Anrechnung nicht weiter in Betracht kommen; ferner daß die auf Kosten und durch Verwendungen des Empfängers herbeigeführte Wertherhöhung des Gegenstandes außer Ansatz bleibt, da sonst eine Bereicherung der Anrechnungsberechtigten auf Kosten des Anrechnungspflichtigen stattfände (vgl. Arndts im R. L. S. 841. Fein S. 331 fg.); endlich daß im Fall der Veräußerung des Vorausempfangenen der Empfänger sich die noch vorhandene

Bereicherung anrechnen lassen muß. Mit Unrecht behauptet Zeiller II S. 823, unter Beistimmung von Rippel V S. 152 und Scheidlein, Miscell. Hft. 2 §. 87, daß der casuelle gänzliche oder theilweise Untergang der vorausempfangenen beweglichen Sache den Empfänger treffe: ist denn nicht die Verschlechterung der Sache einem theilweisen Untergange zu vergleichen und hätte es einen Sinn, wenn der Empfänger sich im Fall der Herabminderung des Werths der zur Zeit des Empfangs 100 werth gewesenen Sache auf 1 nur 1, dagegen volle 100 anrechnen lassen müßte, wenn die Sache untergegangen ist? Und wenn Zeiller zur Rechtfertigung der inconsequenten Schlußbestimmung des §. 794 anführt, daß dies zu Gunsten des Erben sei, dem die mittlerweile erfolgte Abnützung und Verschlimmerung nicht angerechnet werden dürfe, so übersieht er, daß dies ebenso zum Nachtheil des Empfängers ausschlagen könne, wenn nemlich die Sache mittlerweile im Preise gestiegen ist, was insbesondere bei den Cursschwankungen von Geldpapieren (Anm. 6) leicht der Fall sein mag. Die Behauptungen Zeiller's beruhen auf dem Verkennen des Prinzips und der Consequenzen der Realcollation (Werthcollation) bei Anrechnung von vorausempfangenen Mobilien, ein Mangel, der sich auch sonst bei unseren Schriftstellern fühlbar macht und zu allerhand Zweifeln und willkürlichen Unterscheidungen und Entscheidungen Anlaß gegeben hat: so bei Winiwarter III S. 405 fg., der dem richtigen Prinzip zu Liebe der Schlußbestimmung des §. 794 Gewalt anthut, bei Stubenrauch II S. 753 fg., der das leitende Anrechnungsprinzip verkennt und dessen Ausführungen m. E. nach allen Seiten hin unrichtig sind, und bei Prockner im Jurist. Bd. 4 S. 16 fg. Das Richtige hat Hüttner §. 70.

[8] Hätte der Erblasser selbst den Werth der anzurechnenden Gaben festgesetzt, so braucht sich der Empfänger diese Werthbestimmung nicht gefallen zu lassen, wenn und soweit er sich durch die übertriebene Höhe des Werthansatzes in seinem Pflichttheilsanspruch beeinträchtigt hält; dagegen haben die übrigen Notherben in der Regel (§. 792) kein Recht, die Werthbestimmung als zu nieder gegriffen anzufechten, da hierin ein theilweiser Erlaß der Anrechnung liegt, wozu der Erblasser vollkommen berechtigt ist. Oben §. 45 Anm. 7. Vgl. auch Rippel V S. 152. 153. Hüttner S. 205. Scheidlein §. 88. A. M. natürlich Winiwarter III S. 407. 408. Stubenrauch II S. 755.

[9] Hätte bei der Auseinandersetzung der Erbschaft aus Irrthum die Anrechnung des Vorempfangs nicht stattgefunden, so können, wenn die Erbtheilung eine außergerichtliche war, die Anrechnungsberechtigten das Zuviel empfangene von dem Anrechnungspflichtigen mit der condictio indebiti zurückfordern (arg. L. 40 §. 1 D. de condict. ind. 12. 6. vgl. auch Fein S. 172. 298); im Fall rechtskräftiger gerichtlicher Erbtheilung aber hätten die Berechtigten gar kein Mittel, die versäumte Anrechnung zu realisiren, und zwar selbst im Fall eines Dolus des Anrechnungspflichtigen nicht (cf. L. 8 C. de collat. 6. 20), da das österr. Prozeßrecht eine Restitution gegen das rechtskräftige Urtheil aus materiellen Gründen nicht kennt. Über das gem. Recht vgl. Fein S. 295 fg.

C. Das Rechtsverhältniß des Vorerben und Nacherben.

§. 48.

Dem Nacherben (Fideicommissar) fällt das Erbrecht, dafern seiner Erbeinsetzung nicht eine besondere Bedingung beigefügt ist (§. 703), sofort mit dem Antritt des Vorerben an[a] und er überträgt dasselbe als erworbenes oder erwerbbares[1] auf seine Erben[b], sollte er auch vor Eintritt der Restitutionszeit gestorben sein (arg. §. 705. 537. 809)[2]. Dieses Erbrecht ist jedoch seiner Natur nach ein betagtes mithin künftiges Recht: der Nacherbe erlangt zuvörderst nur ein festes und vererbliches Recht auf das künftige Erbesein[3] und hiemit den Anspruch gegen den Vorerben (Fiduciar) auf Herausgabe der Erbschaft oder Erbquote zu dem bestimmten Zeitpunkt. Dieser Zeitpunkt kann auch bis zum Tode des Vorerben hinausgeschoben sein (§. 608); ist die Restitutionszeit in das Belieben des Fiduciars gestellt, so kann die Herausgabe erst nach seinem Tode von seinen Erben gefordert werden (arg. §. 904)[c].

Dem Vorerben gehört zwar in der Zwischenzeit die Erbschaft zu eigenem Recht mit der Macht, sie zu verwalten, die in ihr enthaltenen Rechte geltend zu machen und die Früchte[4] von ihr zu beziehen[d], doch ist sein Recht an der Erbschaft durch die Rücksicht auf das wirkliche oder mögliche künftige Recht des Anwärters dergestalt beschränkt, daß er sich, obgleich er Eigenthümer ist, in ähnlicher Lage wie sonst ein Fruchtnießer befindet (§. 613). Der Fiduciar haftet daher für das Versehen, dessen er sich bei der Verwaltung schuldig macht[e], und zwar selbst für ein geringes (§. 613. 513)[5]; hat er Verwendungen auf die Erbschaft gemacht, so kann er Ersatz unter denselben Bedingungen wie ein Fruchtnießer fordern (§. 613. 515[6]. 517)[f]. Die Veräußerung[g] von Gegenständen, welche zur fideicommissarischen Erbschaft gehören, ist nichtig (arg. §. 613)[h], ausgenommen wenn die Sachen verbrauchbar sind (arg.

[a] Oben §. 20 Anm. 3. [b] cf. L. 25 pr. L. 46 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 21 C. de fideicomm. 6. 42. [c] L. 41 §. 13 D. de leg. III. cf. L. 11 §. 6 eod. System II §. 83 Note 33. 34. [d] L. 18 pr. §. 2. L. 27 §. 1 D. h. t. 36. 1. — L. 104 D. de solut. 46. 3. [e] L. 22 §. 3 D. h. t. [f] cf. L. 19 §. 2. L. 22 §. 3 i. f. D. h. t. L. 58...61 D. de leg. I. L. 40 §. 1 D. de cond. indeb. 12. 6. [g] System II §. 94 Note 13. 14. [h] L. 3 §. 2. 3 C. commun. de legat. 6. 43.

§. 613. 510), wenn die Veräußerung zur Bezahlung von Erbschaftsschulden[i] oder wegen der Beschaffenheit der Sache selbst aus wirthschaftlichen Gründen[k] erforderlich ist, oder wenn der Erblasser sie ausdrücklich oder stillschweigend gestattet[l] oder der Nacherbe seine Zustimmung[m] gegeben hat[7]; zur Wirksamkeit dieses gesetzlichen Veräußerungsverbots ist jedoch bei unbeweglichen Erbschaftssachen in der Regel Anmerkung der Veräußerungsbeschränkung in den öffentlichen Büchern erforderlich, da der im Vertrauen auf sie erfolgte entgeltliche[n] Erwerb vor allem zu schützen ist (arg. §. 468. 527), und die Veräußerung von beweglichen Erbschaftssachen ist gültig, wenn die Voraussetzungen des §. 367 eintreffen. Im Interesse des Nacherben ist von amtswegen auf Kosten desselben ein Inventar zu errichten (§. 92 Nr. 3. §. 111 Ges. v. 9. Aug. 1854), die Erbschaft dem Vorerben nicht auszufolgen, bevor er nicht die Eintragung des Substitutionsbandes in den öffentlichen Büchern und die pupillarmäßige Sicherstellung des Restitutionsanspruchs nachgewiesen hat, es müßte denn der Erblasser diese Cautionsleistung erlassen oder der Nacherbe darauf verzichtet haben (§. 158 ebda), endlich in der Einantwortungsurkunde die Beschränkung des Erben durch die angeordnete Substitution hervorzuheben und der Substitut womöglich mit Bestimmtheit zu bezeichnen (§. 174 Nr. 3 ebda)[8].

Der Anwärter, welcher das ihm angebotene Erbrecht erworben hat, ist vom Eintritt des bestimmten Zeitpunktes an ohne weiters Erbe und kann als solcher von dem Fiduciar, der hiemit von selbst seine Erbenqualität ganz oder zum Theil verloren hat[o], die Herausgabe der Erbschaft ganz oder zum Theil[p] fordern[9], ohne daß eine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung vorzunehmen wäre[10]. Gegenstand der Restitution ist die ganze[q] dem Nacherben zugedachte Erbschaft oder Erbquote sammt den sowohl vor der Erbschaftsantretung hinzugekommenen[r] als von der Restitutionszeit an vom Vorerben bezogenen Früchten[11]; dagegen begreift die Restitution der Erbschaft oder des Erbtheils in der Regel nicht, was der Vorerbe nicht als

[i] L. 38 pr. D. de leg. III. L. 114 §. 14 D. de leg. I. System II §. 94 Note 16 [k] L. 22 §. 3 D. h. t. System II §. 94 Note 17. [l] cf. L. 70 §. 3. L. 71 D. de leg. II. [m] L. 11 C. de fideicomm. 6. 42. [n] System II §. 121 Note 42. [o] L. 1 §. 2. 4 D. h. t. L. 27 §. 7 eod. L. 1 C. ad Sc. Trebell. 6. 49. [p] L. 27 §. 8. D. h. t. [q] L. 78 §. 16 D. h. t. [r] L. 27 §. 1 i. f. D. h. t.

Erbe[s] oder nicht aus der Erbschaft[t] erhalten hat[12]; doch kann der Gegenstand der Herausgabe durch ausdrückliche oder stillschweigende Anordnung des Erblassers sowohl erweitert[u] als beschränkt[v] werden[13]. Ist das Fideicommiß auf dasjenige beschränkt, was beim Tode des Fiduciars noch vorhanden sein wird, so kann dieser die ganze Erbschaft nach Belieben, jedoch nicht arglistig, verbrauchen und es sind nach seinem Tode nur die noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände zu restituiren[14].

Der Nacherbe steht als mittelbarer Gesammtnachfolger[w] des Erblassers vom Zeitpunkt der Wirksamkeit seines Erbrechts an im Mittelpunkt des Vermögenskreises des Erblassers, allein oder mit dem Vorerben, je nachdem sich das Fideicommiß auf die ganze Erbschaft oder nur einen Theil derselben erstreckt. Es gehen daher die in der Erbschaft enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten ganz oder zum Theil unmittelbar auf ihn über; er ist sofort ganz oder zum Theil Eigenthümer[x] der Erbschaftssachen[15]; er kann die einzelnen erbschaftlichen Rechte sowie sein Erbrecht mittelst Klage geltend machen[y], anderseits aber auch verhältnißmäßig von den Erbschaftsgläubigern belangt werden[z]. Erstreckt sich das Fideicommiß nur auf einen Theil der Erbschaft, so stehen Vorerbe und Nacherbe im Verhältniß von Miterben[aa]. Die dem Vorerben oder Nacherben besonders auferlegten Vermächtnisse trägt jeder für sich; hat aber der Erblasser Legate ohne nähere Bestimmung angeordnet, so beschweren sie die ganze Erbschaft oder Erbquote: sie werden daher von dem Vor- und Nacherben gemeinschaftlich nach Verhältniß ihrer Erbtheile getragen, wenn nur ein Theil der Erbschaft oder des dem Vorerben hinterlassenen Erbtheils zu restituiren ist[bb], fallen dagegen dem Nacherben allein zur Last, wenn das Fideicommiß sich auf die ganze Erbschaft oder den ganzen Erbtheil[cc] erstreckt[16].

[s] L. 44 §. 4 D. de condit. et demonstr. 35. 1. L. 96 D. de leg. III. cf. L. 59 §. 1 D. h. t. 36. 1. [t] L. 62 pr. D. h. t. [u] L. 18 pr. cit. L. 3 §. 4 L. 32 L. 63 §. 4 D. h. t. L. 3 §. 3 D. de usur. 22. 1. L. 16 C. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 77 §. 12 D. de leg. II. [v] L. 72. 78 §. 13 D. h. t. §. 9 I. h. t. 2. 23. [w] cf. L. 38 D. h. t. [x] L. 63 pr. D. h. t. [y] D. de fideicommissaria hereditatis petitione 5. 6. L. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. [z] L. 1 §. 2 L. 27 §. 7 D. h. t. L. 3 §. 2 D. de fid. her. pet. 5. 6. cf. L. 49 pr. D. h. t. 36. 1. [aa] L. 27 §. 11 cit. L. 24 §. 1. L. 40 D. fam. ercisc. 10. 2. [bb] L. 2 C. h. t. L. 1 §. 20 D. h. t. [cc] L. 2 D. h. t.

Anm. [1] Der Racherbe kann das ihm zum Erwerb angebotene fideicommiſſariſche Erbrecht ſofort annehmen. Vgl. oben §. 36. Zum Zweck der Abhandlungspflege hat er gleich jedem andern Erben eine gehörig beſchaffene Erbserklärung dem Gericht zu überreichen (§. 121 Geſ. v. 9. Aug. 1854, vgl. auch Prockner im Juriſt. Bd. 13 S. 253 fg.); unterläßt er dies trotz ergangener Aufforderung, ſo kann er zwar immer noch ſein Erbrecht geltend machen und ſeinerzeit Reſtitution der Erbſchaft fordern (§. 128 Geſ. v. 9. Aug. 1854), aber die amtliche Sorge für Sicherſtellung ſeines Rechts wird in einem ſolchen Fall nicht ſtattfinden: §. 120 des angef. Geſetzes.

[2] Dieſer Punkt iſt ſehr beſtritten; für die Behauptung im Text Mühlfeld im Juriſt. Bd. 2 S. 380 fg. (vgl. auch A. L. R. I 12 §. 467), dagegen Rippel IV S. 180. 190. Winiwarter III S. 114 fg. Reich im Juriſt. Bd. 4 S. 323 fg. Stubenrauch II S. 391 fg. Ellinger zu §. 608; Zeiller II S. 503 drückt ſich unbeſtimmt aus. Über die Auslegung des §. 615 vgl. oben §. 20 Anm. 11. In der Behauptung, daß die Einſetzung eines Racherben „an ſich ſelbſtverſtändlich“ die Bedingung enthalte, daß er den Reſtitutionsfall erlebe (Rippel IV S. 180. 190. Prockner im Juriſt. Bd. 13 S. 250 fg.), liegt offenbar eine petitio principii. Gibt man dies zu, behauptet aber doch, daß die Subſtitution „erlöſche“, wenn der Fideicommiſſar vor dem Eintritt des Reſtitutionsfalls ſterbe (Winiwarter III S. 124. 129. Stubenrauch II S. 392. Ellinger zu §. 608), ſo nimmt man mit der einen Hand, was man mit der andern gibt und behauptet in Einem Zug Widerſprechendes: denn „erliſcht“ die „Subſtitution“ (§. 615) durch den früheren Tod des Racherben, ſo iſt derſelbe eben auf den Fall nicht ſubſtituirt, daß er vor der Reſtitutionszeit ſtirbt, d. h. mit andern Worten doch wieder, die fideicommiſſariſche Subſtitution enthält „an ſich“ jene Bedingung, wenn auch nicht als aufſchiebende, ſo doch als auflöſende. Vollends verkehrt iſt es, die angebliche Ausnahme von der in §. 705 enthaltenen Regel daraus erklären zu wollen, daß zwiſchen dem Fall, wo der Erblaſſer den Erben von einem gewiſſen Zeitpunkt an unmittelbar eingeſetzt hat (§. 705), und dem Fall, daß der Erblaſſer dem unmittelbar eingeſetzten Erben aufgetragen hat, den Nachlaß zu einer beſtimmten Zeit einem andern Erben zu reſtituiren (§. 608), ein weſentlicher Unterſchied ſtattfinde. Das Rechtsverhältniß zwiſchen einem betagt eingeſetzten Erben und dem Inteſtaterben wird vielmehr gerade wie eine fideicommiſſariſche Subſtitution aufgefaßt und behandelt (§. 707) und umgekehrt iſt der fideicommiſſariſche Subſtitut nicht nur ein bedingter, ſondern auch ein betagter Erbe: wenn nun bei einer ſtillſchweigenden Subſtitution der Fideicommiſſar „das ihm zugedachte Recht“ auf ſeine Erben überträgt (705), warum ſollte dies nicht auch bei einer ausdrücklich angeordneten Subſtitution der Fall ſein? Läßt ſich denn irgend ein triftiger Grund dafür finden, daß wenn der Erblaſſer erklärt, A ſolle vom dritten Jahr nach ſeinem Tode ſein Erbe ſein, der früher verſterbende A ſein künftiges Erbrecht transmittire, daß dies dagegen nicht der Fall ſei, wenn der Erblaſſer erklärt, ſeine Inteſtaterben ſollen ſeine Nachfolger ſein und ihnen aufträgt, die Erbſchaft nach drei Jahren dem A herauszugeben? Das wäre in der That eine ſonderbare Anwendung des Satzes: Expressa nocent, non expressa non nocent. Die Behauptung, daß der Nachlaß dem Racherben nur für ſeine Perſon zugedacht war, enthält eine petitio principii und müßte ebenſogut

im Fall des §. 705 gelten: denn die vermeintliche Unterscheidung zwischen der Absicht des Erblassers in beiden Fällen (Winiwarter III S. 127 fg. Stubenrauch II S. 393) beruht auf einer willkürlichen unerwiesenen und unerweislichen Unterstellung, da auch bei ausdrücklicher Anordnung einer fideicommissarischen Substitution der Erblasser die Vorerben von der bestimmten Zeit an von der Erbschaft ausschließen will.

[3] Es zeigt sich hier wieder, wie wichtig die richtige Auffassung der Betagung als einer Hinausschiebung des Rechtes selbst, nicht bloß der Rechtsausübung ist (System II §. 83 Note 6. 7. Windscheid, Pandekt. §. 96 Note 5), da man sonst in dem Vor- und Nacherben gleichzeitige Erben hätte, die doch nicht Miterben wären.

[4] Auch die dem Eigenthümer zufallende Schatzhälfte (§. 399) gehört dem Fiduciar, da er nicht bloß Fruchtnießer (§. 511), sondern wirklicher, wenn auch beschränkter Eigenthümer ist. Stubenrauch II S. 385; unrichtig Zeiller II S. 511. Ellinger zu §. 613, zum Theil auch Nippel IV S. 189.

[5] System II §. 102 Note 23. Anders und zweckmäßiger nach R. R., indem der Fiduciar nur für dolus und culpa lata, und wenn er bloß einen Theil zu restituiren hat, für diligentia quam suis rebus haftet. L. 22 §. 3 cit. Hasse, die Culpa S. 272 fg.

[6] Es versteht sich von selbst, daß nur der Mittelsatz des §. 515 (vgl. dazu L. 7 C. de usufr. 3. 33) hieher gehört, da der Vorerbe selbst Eigenthümer ist, also zum Nacherben nicht im Verhältniß des bloßen Fruchtnießers zum dominus proprietatis steht: die übrigen Vorschriften der §. 514. 515 (die ohnehin nicht zu rechtfertigen sind, vgl. dagegen L. 7. §. 2 D. de usufr. 7. 1. Glück Bd. 9 S. 254) und des §. 516 finden hier naturgemäß keine Anwendung.

[7] Nach R. R. ist der Fiduciar im Nothfall berechtigt, auch zur Gewinnung einer angemessenen Heiratsausstattung den Nachlaß anzugreifen. L. 22 §. 4 D. h. t. Nov. 39. c. 1. Über diese ganze Materie vgl. insbesondere E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach röm. Recht 1854 §. 6. 7. 9. fg. 15 fg. Das Veräußerungsverbot erstreckt sich nach österr. Recht wohl auch auf die Cession von Forderungen, die in der fideicommissarischen Erbschaft enthalten sind (a. M. Seuffert S. 71. 72); dagegen erstreckt sich dasselbe nach gem. Recht auch auf verbrauchbare Sachen. Seuffert S. 71. Die ungültig veräußerten Erbschaftssachen können von dem Nacherben erst nach Eintritt des Restitutionsfalls vindizirt werden. Seuffert S. 62. 65. 66. Samml. Nr. 62.

[8] Diese ex officio Thätigkeit des Abhandlungsrichters für den Nacherben, welche mit dem Grundsatz: jura vigilantibus scripta sowie mit der Grundregel des §. 811 in direktem Widerspruch steht und früher in solchem Umfang nicht stattfand (Prockner im Jurist. Bd. 13 S. 254 fg.), ist durchwegs zu mißbilligen. Unger, die Verl. Abh. S. 138 fg. Auch Bluntschli Erläut. V S. 154 bemerkt, daß „es hier einer vormundschaftlichen Einwirkung und Aufsicht nicht bedürfe, sondern daß der Streit zwischen Nacherben und Erben von Anfang als eine gewohnte Rechtssache zu behandeln sei." Die durch §. 158 Ges. v. 9. Aug. 1854 eingeführte Neuerung des materiellen Rechts (§. 520. Zeiller II S. 513. Prockner S. 256),

wonach der Anwärter sofort pupillarmäßige Sicherstellung seines Restitutionsanspruchs fordern darf, ist insofern bedenklich, als die pupillarmäßige Sicherstellung unbewegliches Vermögen des Cautionspflichtigen voraussetzt (§. 230). — Für den noch ungeborenen Nacherben ist zur Wahrung seines Erbrechts ein Curator zu bestellen. §. 274 a. b. G. B. §. 77 Nr. 3 Ges. v. 9. Aug. 1854.

[9] Nach R. R. war der Eintritt der mittelbaren Erbfolge für den Universalvermächtnißnehmer in der Regel (Ausnahmen in L. 7 §. 1 C. ad Sc. Trebell. 6. 49) durch die mittelst einfacher Willenserklärung (L. 37 pr. h. t. 36. 17) erfolgende Restitution der Erbschaft bedingt, worin eine Substituirung des Fideicommissars von Seiten des Fiduciars liegt (L. 2 D. h. t.), in deren Folge erst der Fideicommissar wie der Erbe (heredis loco) behandelt wurde (§. 3 I. h. t. 2. 23. L. 5 §. 1 D. quod cum eo 14. 5) und das Eigenthum an den Erbschaftsgegenständen erwarb (L. 63 pr. D. cit.): nach österr. Recht dagegen ist (wie nach preuß. Recht, Koch II §. 823 Nr. IV) der Anwärter sobald dies fideicommissi venit von selbst (ipso jure) wirklicher Erbe und kann in Folge seiner Erbenqualität Herausgabe der Erbschaft verlangen. Zu diesem Ende hat er gegen den Fiduciar zwei Klagen, die persönliche Fideicommißklage (sog. persecutio fideicommissi) auf Grund der dem Vorerben vom Erblasser gemachten Auflage, die Erbschaft zu restituiren (§. 608. cf. L. 5 §. 2 D. de O. et A. 44. 7. §. 5 I. de obligat. quasi ex contr. 3. 27), und die unpersönliche fideicommissarische Erbschaftsklage (fideicommissaria hereditatis petitio), da der Anwärter nunmehr Allein- oder Miterbe ist. Anders verhält es sich in der letzten Beziehung nach röm. Recht L. 3 §. 1 D. de fid. her. pet. 5. 6. cf. L. 27 §. 11 D. h. t. 36. 1. Schmidt, Lehrb. der gerichtl. Klagen §. 580. Glück Bd. 7 S. 23. 24. Da der Vorerbe von Eintritt des Restitutionsfalls an die Erbeigenschaft ohne weiters verliert, so ist er von diesem Zeitpunkt an nur als Defentor der Erbschaft zu betrachten, was in Ansehung der zu restituirenden Früchte von praktischer Wichtigkeit ist (Anm. 11), und es sind alle seither von ihm vorgenommenen Veräußerungen von Erbschaftssachen nichtig, aber nicht etwa in Folge gesetzlichen Veräußerungsverbots, sondern wegen Mangels der Veräußerungsberechtigung. — Der Anwärter, welcher das angefallene Erbrecht einmal erworben hat, kann sich hinterher seiner Erbenqualität nicht wieder entschlagen (vgl. §. 806) und die Annahme der Erbschaftsrestitution nicht verweigern. cf. L. 44 pr. L. 67 pr. D. h. t. 36. 1.

[10] Vgl. Unger, die Verl. Abhandl. S. 139. 140.

[11] Anders nach R. R., indem der Fiduciar die natürlichen und bürgerlichen Früchte von Antretung der Erbschaft an bis zur Restitution resp. bis zum Eintritt der Mora behält; L. 18 pr. §. 2 L. 44 §. 1 D. h. t. Mommsen (Anm. 12) S. 38 Note 23. Diese Verschiedenheit erklärt sich aus dem Anm. 9 angegebenen Grundunterschiede. Die Anordnung der L. 58 §. 2 D. h. t. über rückständige Zinsen (Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen I S. 177. 178) gilt nach österr. Recht doch wohl nicht; dagegen versteht es sich von selbst, daß auch nach österr. Recht in Ansehung der Restitution der Erbschaft die allgemeinen Voraussetzungen und Wirkungen des Verzugs gelten.

[12] Über Prälegate des Vorerben vgl. unten §. 55 Anm. 10. Der Vorerbe hat im Zweifel, dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers gemäß, auch dasjenige zu

restituiren, was ihm als auf unbestimmten Theil eingesetztem Erben (§. 560 fg.) oder als Intestaterben zuwächst; vgl. Bangerow II S. 370. 371. Mühlenbruch Bd. 43 S. 351 fg. Keller, Pandekt. §. 591 und insbes. Mommsen, Erörterungen aus dem Obl. R. I S. 67...72; nicht auch dasjenige, was er als Vulgarsubstitut erhält, wenn ihm nur Restitution der Institutsportion aufgetragen ist; vgl. §. 1279. Der Nacherbe kann vom Vorerben auch Bezahlung der durch Erbantritt erloschenen Erbschaftsschuld desselben fordern. L. 27 §. 11 D. h. t. cf. L. 58 pr. eod. Dagegen kann aber der Fiduciar von der zu restituirenden Erbschaft den Betrag seiner eigenen Forderung gegen den Erblasser abrechnen resp. vom Nacherben zurückverlangen (L. 80 D. h. t. L. 59 pr. eod.), und es werden überhaupt die durch den Erbschaftsantritt mittelst Confusio erloschenen Rechte wieder hergestellt. L. 73 §. 1 D. h. t. Roßhirt I S. 209 fg.

[13] Der Abzug der sog. Trebellianischen Quart (Arndts, Pand. §. 584) findet nach österr. (und preußischem) Recht nicht statt.

[14] Ebenso, dem Willen des Erblassers gemäß, das A. L. R. I 12 §. 468. 469 und der hessische Entw. Art. 173 fg. Motive S. 117; anders nach justinian. Recht (Nov. 108), dem noch das westgal. Gesetzb. II §. 408 folgte. Es verhält sich nach österr. Recht im wesentlichen so wie nach vorjustinianischem Recht, L. 54. 58 §. 7. 8 D. h. t. (Roßhirt I S. 155. Seuffert S. 115 fg.), insbesondere wird auch der Grundsatz gelten: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei. L. 70 §. 3 L. 71. 72 D. de leg. I. Hessisch. Entw. Art. 176.

[15] Das Eigenthum der Erbschaftssachen geht nicht etwa erst durch die reelle Herausgabe über (Note x), sondern der Eigenthumswechsel vollzieht sich von selbst (ipso jure): daß es noch einer Umschreibung in den öffentlichen Büchern bedarf, ist nur eine durch das Grundbuchsinstitut bewirkte Modifikation der Regel.

[16] Dieses Verhältniß ist nach österr. Recht in Folge der Nichtgestattung des Quartabzugs ein einfaches; über das R. R. vgl. insbes. Bangerow II §. 559.

D. Veräußerung der Erbschaft[1].

§. 49.

Der Erbe kann eine ihm angefallene oder von ihm bereits angetretene[2] Erbschaft oder Erbquote entgeltlich[a] oder unentgeltlich[b] an einen Andern veräußern (§. 1278). Diese Veräußerung ist eine Übertragung des Erbvermögens, nicht des Erbrechts[3]: der Erwerber wird nicht Erbe, der Veräußerer hört nicht auf Erbe zu sein. Wohl aber soll zwischen beiden Contrahenten dem praktischen Resultat nach dasselbe Verhältniß hergestellt werden, als wäre der Erwerber der unmittelbare Gesammtnachfolger des Erblassers: der

[a] Dig. de hereditate . . . . vendita 18. 4. C. eod. 4. 39. [b] L. 28 D. de donat. 39. 5. System II S. 211.

Erwerber soll dem Effekt nach die Stelle des Erben[4], der Veräußerer dem materiellen Erfolg nach die Stelle des Nichterben einnehmen, somit auf dem Wege der Einzelnachfolge eine praktische Umstellung der Gesammtnachfolge bewirkt werden[5]. Zu diesem Ende hat im allgemeinen der Veräußerer sämmtliche erbschaftliche Rechte und Vortheile auf den Erwerber zu übertragen und dieser jenen von allen nicht höchstpersönlichen erbschaftlichen Verpflichtungen und Nachtheilen zu befreien (§. 1278).

Der Verkäufer[6] einer Erbschaft insbesondere hat alles was ihm als Erben, nicht auch was ihm aus einem anderen Rechtsgrunde aus der Erbschaft gebührt, dem Käufer zu überlassen; namentlich auch in Ermangelung anderweitiger Verabredung die zuwachsende Erbportion (§. 1279)[7], die in der Erbschaft verbleibenden Vermächtnisse (§. 1279) und alle Vortheile, welche ihm wenngleich noch vor Abschluß des Kaufgeschäfts[c] aus der Erbschaft selbst erwachsen sind (§. 1279. 1280)[8]. Der Verkäufer muß daher die zur Übertragung der einzelnen Rechte und Vortheile nach ihrer Natur erforderlichen Rechtshandlungen, wie insbesondere Tradition und Cession[d], vornehmen, alles was er aus der Veräußerung von Erbschaftsgegenständen oder durch die Eintreibung von Erbschaftsforderungen gewonnen hat[e], sammt den aus der Erbschaft gezogenen Früchten (§. 1280) ausliefern, den Werth der unentgeltlich veräußerten Erbschaftsgegenstände vergüten[f], die von Erbschaftswegen neu erworbenen Forderungen abtreten[g] und seine eigenen Erbschaftsschulden an den Käufer bezahlen[h]. Wurde eine vorerst nur angefallene Erbschaft veräußert, so hat der Veräußerer die Verpflichtung, sie anzutreten; doch kann der Erwerber als Stellvertreter im Namen des Veräußerers die Annahme erklären (§. 1282)[9]. Ist bei der entgeltlichen Erbschaftsveräußerung ein Inventar zu Grunde gelegt worden, so haftet der Veräußerer für eine Entwährung der einzelnen im Vermögensverzeichniß aufgeführten Erbschaftsgegenstände[i], nicht auch für verborgene physische Mängel der Erbschaftssachen (§. 930) oder für die Uneinbringlichkeit von Erbschaftsforderungen[10]; im entgegengesetzten Fall hat der Veräußerer dem Er-

[c] L. 2 §. 1. 3 sq. L. 25 D. h. t. [d] L. 2 §. 3 D. h. t. L. 4...6 C. h. t. [e] L. 2 §. 3 L. 21 D. h. t. [f] L. 2 §. 3 cit. [g] L. 2 §. 8 D. h. t. [h] L. 20 D. h. t. [i] L. 15 D. h. t. L. 1 C. de evict. 8. 45.

werber nur für die Erbschaft im Ganzen, somit nur für den Bestand des angegebenen Erbrechts[k] Gewähr zu leisten (§. 1278. 1283)[11]. Vom Abschluß des Kaufvertrages an bis zur Übergabe der Erbschaft befindet sich der Verkäufer in der Stellung eines Geschäftsführers (§. 1281)[12]; er haftet jedoch auch für die der Erbschaft noch vor dem Verkauf durch sein Verschulden zugefügten positiven und negativen Nachtheile[l] (§. 1283)[13], nicht auch für die vorher oder nachher eingetretenen zufälligen Verminderungen der Erbschaft[m].

Der Erbschaftskäufer ist verpflichtet, nicht nur den Kaufpreis zu entrichten, sondern auch dem Verkäufer alle erbschaftlichen Verpflichtungen und Nachtheile abzunehmen[14]. Er muß daher ersetzen oder sich abziehen lassen, was der Verkäufer für den Erwerb der Erbschaft (§. 1279)[n], für die Befriedigung von Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern[o], an Gebühren und Abgaben[p] sowie an Begräbnißkosten[q] ausgelegt hat (§. 1280); er muß ferner die Forderungen des Verkäufers an den Erblasser bezahlen (§. 1279)[r] und auch sonst confundirte Rechte wieder herstellen[s], endlich Verpflichtungen, welche der Verkäufer von Erbschaftswegen übernommen hat, demselben abnehmen[t].

Dritten Personen gegenüber bleibt der Erbe in seiner erbrechtlichen Stellung. Es steht ihm nach wie vor die Erbschaftsklage gegen dritte Besitzer zu[u] und er kann immer noch von den Erbschaftsgläubigern und Legataren belangt werden[v] (§. 1282)[15]. Diese Personen können sich jedoch auch unmittelbar nach den für die Zahlungs- und Schuldübernahme geltenden Regeln (vgl. §. 1406. 1407) an den Erwerber halten (§. 1282)[16], der ihnen in der Regel[w] in gleichem Maß und in gleicher Art[x] wie der veräußernde Erbe haftet. Den Erbschaftsschuldnern gegenüber befindet sich der Erwerber in der Stellung eines Cessionars (§. 1282. 1394 . . .

[k] L. 2 pr. L. 7...9. L. 13. 14 §. 1. L. 16 D. h. t. L. 1 C. cit. [l] L. 2 §. 5. 7 D. h. t. [m] L. 2 §. 5 i. f. L. 2 §. 9. L. 3 D. h. t. [n] L. 2 §. 11 D. h. t. [o] L. 2 §. 3 cit. L. 24 eod. L. 28 D. de don. 39. 5. [p] L. 2 §. 16 D. h. t. [q] L. 2 §. 17 eod. [r] L. 2 §. 18 eod. cf. §. 15 eod. [s] L. 2 §. 19 L. 24 eod. L. 9 D. comm. praed. 8. 4. [t] L. 2 §. 20 D. h. t. cf. L. 2 §. 7. 10. 14 eod. [u] cf. L. 13 §. 4 D. de H. P. 5. 3. Vgl. §. 50 Anm. 8. [v] L. 2 C. h. t. 4. 39. L. 2 C. de leg. 6. 37. L. 22 C. de donat. 8. 54. L. 28 D. eod. 39. 5. [w] L. 71 D. ad leg. Falc. 35. 2. [x] L. 13 §. 1 D. de opt. leg. 33. 5.

1396)[y]; als ſolcher[z] kann er namentlich auch von der Erbſchaftsklage und der Erbtheilungsklage Gebrauch machen, welche Klagen aber auch gegen ihn angeſtellt werden können[aa].

Anm. [1] Glück Bd. 16 S. 315...379. Göſchen, Vorleſ. III 2 S. 429...436. Arndts im R. L. IV S. 24...26. Keller, Grundr. §. 326 a. Pandekt. §. 542. Koch, Recht der Forder. Bd. 3 §. 330. — Die Veranlaſſung und Rechtfertigung der Behandlung dieſer Materie im Erbrecht liegt in dem Objekt der Veräußerung: die wichtigſten Fragen in dieſer Lehre ſetzen zu ihrer Erörterung die Kenntniß der erbrechtlichen Verhältniſſe voraus. Es iſt daher nicht zu billigen, wenn manche neuere Geſetzentwürfe über das Obl. R., welches doch im Syſtem vor das Erbrecht zu ſtellen iſt, im Abſchnitt vom Kauf von dem Erbſchaftskauf handeln: ſo der heſſ. Entw. Abth. IV Buch II Art. 35...46 und der baier. Entw. II Art. 339...351, deſſen Beſtimmungen auch in ſachlicher Hinſicht m. E. nicht zu billigen ſind. (Die Bemerkungen von Lang, der Entwurf Hft 2 S. 166. 167 über dieſe Partie des baier. Entw. ſind ſehr dürftig.) Vollends unpaſſend iſt die Behandlung dieſer Materie im 29. Hptſt. Thl. II des bürg. Gſtzb. in dem Hauptſt. von den Glücksverträgen: nicht jeder Erbſchaftskauf iſt ein gewagter Kauf (§. 1278. 1283) und das Charakteriſtiſche deſſelben liegt überhaupt nicht in einem Wagniß: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res. L. 7 D. h. t. Die richtige Stellung gibt dem Erbſchaftskauf das ſächſ. Gſtzb. §. 2372...2381. Vgl. auch zürch. Gſtzb. §. 2138 fg.

[2] Von der Veräußerung einer künftigen Erbſchaft (§. 879 Nr. 4) iſt im Obl. R. zu handeln.

[3] Das preuß. Landr. I 11 §. 445...510 unterſcheidet zwiſchen (uneigentlichem) Erbſchaftskauf und Erbrechtskauf (eigentlichem Erbſchaftskauf): jener ſoll vorhanden und wie ein gewöhnlicher Sachkauf zu behandeln ſein, wenn die Erbſchaft nach einem aufgenommenen Inventar verkauft wird (§. 448...450): „nur alsdann iſt ein wirklicher Erbſchaftskauf vorhanden, wenn das Erbſchaftsrecht ſelbſt oder ein Theil deſſelben verkauft worden" (§. 447. 454 fg.). Dieſe Unterſcheidung iſt auffallender Weiſe in den baier. Entw. §. 339 fg. 351 übergegangen. In den Motiven S. 138 fg. heißt es: „Hier bilden nicht einzelne Sachen und Rechte, ſelbſt nicht ein Complex von ſolchen, das Kaufobjekt. Der Auffaſſung der (?) deutſchen Geſetzgebungen folgend, betrachtet vielmehr der Entwurf dieſes Rechtsgeſchäft als die Übertragung der dem Verkäufer zuſtehenden Rechte auf die angefallene Erbſchaft in der Art, daß der Käufer aktiv und paſſiv an die Stelle des verkaufenden Erben eintritt und daß alle zur Erbſchaft gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten, wie ſie durch die Erbſchaft auf den Erben gekommen ſind, auf den Käufer ſo übergehen, als ob die Erbſchaft unmittelbar dieſem angefallen wäre .... Aus dieſem Grundprinzip entwickeln ſich die einzelnen Beſtimmungen höchſt einfach und es bedarf der Umwege nicht, durch welche das röm. Recht die Strenge ſeiner Grundſätze mit den Bedürfniſſen des Lebens zu

[y] L. 5 C. h. t. L. 16 pr. D. de pact. 2. 14. L. 17 D. de transact. 2. 15.
[z] cf. L. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. [aa] L. 13 §. 4. 5. 8 D. eod. 5. 3. Vgl. §. 50 Anm. 8.

vermitteln im Falle war .... Ist aber der Bestand der Erbschaft durch ein Inventar festgesetzt und dieses dem Vertrage zu Grunde gelegt ...., so ist das Kaufobjekt in solchem Falle nicht mehr das Erbrecht in seiner Universalität, es ist vielmehr auf die im Inventare bezeichneten Sachen Rechte und Verbindlichkeiten individualisirt ...." Diese Argumentation ist ebenso befremdend, als die ganze Unterscheidung verwerflich: auch der sog. Erbrechtskauf ist in der That ein Kauf der Erbschaft, nicht des Erbrechts. Würde das Erbrecht selbst, die Erbenqualität, übertragen, so müßte der Veräußerer von den Erbschaftsschulden ohne weiters frei werden und der Erwerber proprio jure die erbschaftlichen Klagen aktiv und passiv haben: es müßte m. a. W. eine wahre Universalsuccession stattfinden, wie dies allerdings nach R. R. bei einem Verkauf der Erbschaft durch den Fiscus der Fall war. L. 1 C. h. t. 4. 39. L. 41 D. de jur. fisc. 49. 14. L. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. Vgl. insbes. Arndts im R. L. IV S. 26 V S. 208 und in der Gieß. Zeitschr. Bd. 19 S. 22 fg. 32 fg. Nichts von alle dem findet nach dem preuß. Landr. und dem baier. Entw. bei dem eigentlichen Erbschaftskaufe statt: der Erbschaftskäufer wird als Cessionar (A. L. R. I 11 §. 471. 472. Baier. Entw. Art. 349) und Schuldübernehmer (A. L. R. I 11 §. 463 fg. Baier. Entw. Art. 350) behandelt und der Verkäufer bleibt den Erbschaftsgläubigern und Legataren nach wie vor verhaftet (A. L. R. I 11 §. 463. 464. 466. 467. Baier. Entw. Art. 350): man befindet sich daher in einer vollkommenen Selbsttäuschung, wenn man meint, das Erbrecht selbst werde veräußert und gehe auf den Käufer über. Auch ist es ganz verkehrt, von „Umwegen" zu sprechen, welche das R. R. in dieser Hinsicht mache: gerade die singuläre Bestimmung, welche das R. R. in Ansehung des Fiscus als Erbschaftsverkäufers traf, zeigt am besten, daß das R. R. es recht wohl verstand, von „der Strenge seiner Grundsätze" abzugehen, dem Erbschaftskäufer die rechtliche Qualität eines Erben zu verleihen und ihn ohne Umwege zum Herrn des Erbvermögens zu machen: es unterließ aber mit gutem Grunde den Erbschaftskäufer im allgemeinen nach Art eines fideicommissarischen Erben zu behandeln (cf. L. 54 pr. cit. L. 1 §. 2 D. ad Sc. Trebell. 36. 1), weil das Interesse dritter Personen empfindlich darunter gelitten hätte. Und sollte etwa bei dem sog. uneigentlichen Erbschaftskauf die Erbschafts- und Erbtheilungsklage nicht auch dem Käufer und gegen den Käufer der inventarisirten Erbschaft zustehen? Es wäre in der That bedauerlich, wenn die betreffenden Bestimmungen des baier. Entw. unverändert in das allgemeine deutsche Obl. R. übergingen. — Es ist durchaus kein Grund vorhanden, die hier bekämpfte Unterscheidung zwischen Erbschafts- und Erbrechtskauf auf dem Gebiet des österr. Rechts zu machen: die Wirkung, welche §. 1278 und §. 1283 an die Zugrundelegung resp. Nichtzugrundelegung eines Inventars knüpfen, betrifft lediglich den Umfang der Gewährleistungspflicht, der in Übereinstimmung mit dem R. R. (Stellen der Noten i und k) geregelt wird. Daher ist es aber auch nicht zu billigen, wenn hin und wieder (Zeiller III S. 678 fg. Rippel VIII 1 S. 41 Nr. 5 S. 49 Nr. 2) der Erbschaftsverkauf ganz allgemein als eine Veräußerung des Erbrechts selbst bezeichnet wird. Rippel untersucht gar noch die Frage, durch welchen Akt „das Eigenthum des Erbrechts an den Käufer übertragen werde"!

[4] L. 9 D. comm. praed. 8. 4. Si ei, cujus praedium mihi serviebat, heres exstiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum

servitus debet: quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse. L. 2 pr. D. h. t. Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet: cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset . . . . §. 18 eod. Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit: sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere et idcirco teneri venditori hereditatis . . . .

[5] Syſtem II §. 74 a. E. Das hier eintretende Verhältniß iſt ſonach weſentlich verſchieden von dem Rechtsverhältniß zwiſchen Vorerben und Nacherben. Vgl. auch Glück S. 377. „Daß der Kauf der Erbſchaft regelmäßig (vgl. Anm. 3 und Syſtem II §. 74 Note 26) nicht eine Univerſalſucceſſion erzeugt, das hat auch in der Natur des Gegenſtandes, nicht in der Natur des Kaufes, ſeinen Grund, darin nämlich, daß der Erbe ſeiner Erbeigenſchaft ſich nicht willkürlich entſchlagen und daher nur den Inhalt der Erbſchaft, nicht das Erbverhältniß ſelbſt, veräußern kann." Arndts in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 19 S. 25. Conſequent zwar, aber dafür nur um ſo unrichtiger, iſt die Beſtimmung des A. L. R. I 11 §. 474 fg. und des baier. Entw. Art. 340 fg. über den „unmittelbaren" Übergang der erbſchaftlichen Rechte auf den Erbſchaftskäufer, etwa nach Art der Wirkung des Zuſchlags bei der sectio bonorum oder der Reſtitutionserklärung bei Univerſalfideicommiſſen; vollends ſonderbar iſt es, daß Art. 351 des baier. Entw., der doch vom Erbſchaftskauf in Gegenſatz vom vermeintlichen Erbrechtskauf handelt (Motive S. 140), den Art. 341 anruft.

[6] Der heſſ. Entw. Art. 35 und der baier. Entw. Art. 339 beſtimmen, daß der Erbſchaftskauf in gerichtlicher oder notarieller Form geſchloſſen werden müſſe. Dieſe Anordnung ſcheint durch die Ausführung in den Motiven zum baier. Entw. S. 139 nicht hinlänglich gerechtfertigt zu werden und iſt um ſo auffallender, als man in Preußen von dieſer im A. L. R. I 11 §. 473 vorgeſchriebenen Formſtrenge in neuerer Zeit (1845) wieder abgegangen iſt. Koch, Recht der Forder. Bd. 3 S. 810; preuß. Pr. R. II §. 682 Nr. 3. — Der Käufer der Erbſchaft braucht nicht erbfähig zu ſein. Die entgegengeſetzte Beſtimmung des A. L. R. I 11 §. 451 erklärt ſich aus der unrichtigen Auffaſſung des Erbſchaftskaufs als eines Erbrechtskaufs.

[7] Die Errichtung eines Inventars iſt an ſich ohne Einfluß auf dieſe Frage, welche in Ermangelung eines Quellenausſpruchs bekanntlich ſeit jeher überaus beſtritten iſt. Vgl. darüber insbeſ. Glück S. 341...367, der fünf verſchiedene Meinungen anführt, ſelbſt aber (unter Beiſtimmung von Göſchen S. 433. 434) die richtige Anſicht vertheidigt. Dieſe kann aber doch wohl nur darin beſtehen, daß im Zweifel in der Veräußerung eines Erbtheils eben auch nur die Veräußerung dieſes Theils, nicht auch die Veräußerung der eventuellen Zuwachsportion zu ſehen iſt, da die Parteien in der Regel „nur die gegenwärtig ſchon von dem Verkäufer erworbene Erbſchaftsquote vor Augen gehabt und mit Beziehung darauf den Preis feſtgeſtellt haben" werden, indem ſie ohne beſondere Hervorhebung gewiß nicht ein aus ordentlichem und Hoffnungskauf gemiſchtes Geſchäft ſchließen wollten, und da durch die hier bekämpfte Auslegung oder vielmehr Hineinlegung bald der einen bald der andern ahnungsloſen Partei Unrecht geſchehen wird. Vgl. insbeſondere Mommſen,

Erörter. aus dem Obl. R. I S. 72...75 gegen Bangerow §. 494 Anm. Nr. 6. Ihering, Abhandl. S. 11 fg. Puchta §. 521 Note d u. A. Die gerügte Bestimmung des §. 1279, welche auch in das sächs. Gesetzb. §. 2373 übergegangen ist, scheint aus A. L. R. I 11 §. 458 herübergenommen worden zu sein, wo sie aber wenigstens consequent war (vgl. Mommsen S. 73. 74), weil das preuß. Landr. den eigentlichen Erbschaftskauf als einen Erbrechtskauf ansieht und daher in dem vorausgehenden §. 457 bestimmt, daß „alles was dem Erben vermöge seines Erbrechts zu Theil geworden sein würde, dem Käufer des Erbrechts zufalle." Die richtige Ansicht findet sich im hess. Entw. Art. 38 und im baier. Entw. Art. 344, in letzterem freilich inconsequenter Weise.

[8] Der Umfang der Restitutionspflicht des Verkäufers und der Ersatzpflicht des Käufers bestimmt sich durch die in Ermangelung anderweitiger Verabredung eintretende Annahme, daß der Erwerber in Ansehung der Vortheile wie der Nachtheile ganz an die Stelle des Erben treten soll. L. 2 §. 1 D. h. t. In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea, quae fuit cum hereditas venundatur, videndum est. Et verius est, hoc esse servandum quod actum est; plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse. §. 4 . . . . et non solum quod jam pervenit, sed quod quandoque pervenerit, restituendum est. Glück S. 323 fg. Es kommt aber hierbei wie sonst auch noch auf den Unterschied zwischen causa lucri und occasio lucri an: nur jenes Lucrum, der Gewinn aus der Erbschaft, muß nach allgemeinen Regeln (Ihering, Abhandl. Nr. 1. Mommsen, Erörter. aus dem Obl. R. I S. 53 fg.) herausgegeben werden (§. 1279. 1280), nicht auch dieses, der Gewinn aus Anlaß der Erbschaft. L. 2 §. 7 D. h. t. cf. L. 20 §. 18 i. f. D. de H. P. 5. 3. Ihering S. 15. Mommsen S. 58. 59.

[9] Ungenau und leicht zu Mißverständnissen führend ist die Schlußbestimmung des §. 1282, daß „die Erbschaftsantretung des Einen auch für den Andern gilt." System I §. 64 Note 11. Diese Anordnung kann und soll nur sagen, daß Eine Erbserklärung genügt, sie mag nun vom Erbschaftsveräußerer selbst oder für ihn und in seinem Namen von dem Erbschaftskäufer abgegeben werden. Von einer selbständigen Erbserklärung des Käufers im eigenen Namen neben der Erklärung des Verkäufers kann gar keine Rede sein, da der Käufer das Erbvermögen, nicht das Erbrecht erwirbt; eine Mandatsüberschreitung aber von Seiten des Käufers einer angefallenen Erbschaft durch vorbehaltlose Erbserklärung wird nicht leicht möglich sein, arg. §. 1008. Es ist daher m. E. ganz verfehlt, wenn manche österr. Schriftsteller (Zeiller III S. 686 Nr. 4. Nippel VIII 1 S. 35 Nr. 6. S. 47 Nr. 5. Stubenrauch III S. 490 Nr. 4. S. 493 Nr. 3) davon sprechen, daß der Käufer „die bedingte Erbserklärung des Verkäufers in eine unbedingte verwandeln könne", und die Wirkungen einer solchen Verwandlung untersuchen: der Käufer hat immer nur die erbschaftlichen Verpflichtungen, so wie diese dem veräußernden Erben obliegen, zu erfüllen. Vgl. auch Winiwarter IV S. 534.

[10] Vgl. Nippel VIII 1 S. 48. 49. Unrichtig ist m. E. die Behauptung von Stubenrauch III S. 494 Note ** und Ellinger zu §. 1283, daß der Verkäufer der

inventarisirten Erbschaft (um einen Gesammtpreis) auch für die Einbringlichkeit der erbschaftlichen Forderungen hafte (§. 1397...1399): in der Haftung „für das Inventar" (§. 1283) liegt eben überhaupt nur die Haftung für den Bestand, nicht auch für die Beschaffenheit der inventarisirten Objekte. Auch Winiwarter IV S. 535 legt dem Verkäufer die Haftung für die Einbringlichkeit (freilich ungehöriger Weise auch für die Richtigkeit) der Erbschaftsforderungen nur in dem Fall auf, daß dieselben im Inventar „als (richtige und) einbringliche verzeichnet waren."

11 In diesem Falle mag man den Erbschaftskauf immerhin ein gewagtes Geschäft (vgl. §. 1268) nennen: aber ein Glücksvertrag (§. 1267) oder gar ein Hoffnungskauf (§. 1276), wie ihn Zeiller III S. 680 Nr. 6 und Nippel VIII 1 S. 34 Nr. 5 nennen, ist er durchaus nicht: non enim alea venditur sed res L. 7 D. h. t. Dies ist der Erbschaftskauf nur dann, wenn die Erbschaft bona fide als eine noch ungewisse und zweifelhafte veräußert wird. L. 10...13 D. h. t. Quod si in venditione hereditatis id actum est, *si quid juris esset venditoris venire, nec postea quidquam praestitutum iri:* quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emtorem pertineret. L. 11. Nam hoc modo admittitur esse venditionem: *si qua sit hereditas, esto tibi emta* et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus. L. 12. Hoc autem sic intelligendum est, nisi sciens ad se non pertinere, ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur. Glück S. 315 fg.

12 L. 21 D. h. t. . . . . Sed ubi hereditatem (vendidi) et postea rem ex ea vendidi, potest videri ut negotium ejus agam, quam hereditatis (rectius: ut negotium potius emtoris hereditatis, quam meum agam. Glück S. 335 Note 98) . . . . At cum hereditas venit tacite hoc agi videtur, ut, si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam . . . . Über diese berühmte Stelle vgl. Glück S. 332 fg., und insbes. Ihering Abhandl. S. 31 fg. 36 fg. 74 fg. Bezieht man den §. 1281, wozu man vollauf berechtigt ist, auf die Verwaltung der Erbschaft nach geschehener Veräußerung derselben, so entgeht diese gesetzliche Anordnung dem von Koch, Recht der Forder. Bd. 3 S. 812 Note 12 ausgesprochenen Tadel.

13 Die Schlußanordnung des §. 1283, daß der Verkäufer „für allen dem Käufer durch sein Verschulden zugefügten Schaden hafte", ist auf die Zeit vor dem Verkaufe zu beziehen, da für die Zeit nach dem Verkaufe schon durch die Vorschrift des §. 1281 (vgl. §. 1012) gesorgt ist. Der Schlußsatz des §. 1283 stimmt im Prinzip mit L. 2 pr. D. h. t. überein, wonach der Verkäufer zwar nicht de evictione (sc. singularum rerum), wohl aber de facto suo satisdare cogendus est, und nur darin macht sich ein Unterschied geltend, daß der Verkäufer nach österr. Recht für omnis culpa, nach röm. Recht nur für dolus und culpa lata aus jener Vorzeit haftet. L. 2 §. 5 D. h. t. (L. 3 D. h. t. bezieht sich auf die dem Verkauf nachfolgende Zeit). Daß aber überhaupt der Verkäufer nachträglich noch für die in der Zeit vor dem Verkaufe, also noch im Zustande der Ungebundenheit, vorgenommenen Handlungen verantwortlich werden kann, erklärt sich daraus, daß der Käufer

von der Voraussetzung auszugehen berechtigt ist, der Verkäufer werde die Erbschaft bisher wie ein ordentlicher Hausvater verwaltet haben und daher im Stande sein, ihm dieselbe ohne durch seine Schuld bewirkte Minderungen zu übergeben. Vgl. baier. Entw. Art. 343. Hess. Entw. Art. 37. Glück S. 325 fg. Göschen S. 432. 433 Nr. 2. 4. Ein solches Verantwortlichwerden ex post kommt ja auch sonst vor; vgl. L. 2 §. 3 D. de dolo 4. 3 und unten §. 67 Anm. 9. Natürlich kann sich der Verkäufer gleich dem Käufer (L. 4 C. h. t. L. 13 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1. L. 9 pr. D. de dolo 4. 3) bei dem Abschluß des Kaufgeschäftes auch dadurch eines Dolus schuldig machen (sog. dolus in contrahendo), daß er den Käufer über die zufällig eingetretenen Minderungen der Erbschaft absichtlich (arglistig) im Irrthum läßt.

[14] L. 2 §. 9 D. h. t. Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eum respicere.

[15] Die Erbschaft ist dem Veräußerer oder in seinem Namen dem Erwerbet auszufolgen, jedenfalls aber in der Einantwortungsurkunde (§. 174 Nr. 2 Ges. v. 9. Aug. 1854) der Veräußerer als Erbe zu bezeichnen. Ungenau Ellinger zu §. 1280. Gegen die verkehrte Behauptung von Nippel VIII 1 S. 44. 45 Nr. 1, daß der Veräußerer einer nur erst angefallenen Erbschaft den Erbschaftsgläubigern und Legataren nicht hafte, hat sich bereits Stubenrauch III S. 493 Note * erklärt.

[16] Nach R. R. können sich die Erbschaftsgläubiger und Legatare nicht unmittelbar an den Käufer, dafern dieser nicht etwa vom Fiscus gekauft hat (L. 1 C. h. t.), gegen dessen Willen halten (L. 2 C. h. t.), verlieren aber ihren Anspruch an den Verkäufer, wenn jener sich freiwillig hat belangen lassen. L. 2 C. de pact. 2. 3. Hiemit stimmt vollständig die hess. Entw. Art. 44 überein. Allein schon die gemeinrechtliche Praxis gestattet den Gläubigern den Käufer zu belangen und zwar nicht nur wenn der Verkäufer insolvent ist (Glück S. 378. Göschen S. 436), sondern wohl auch ganz allgemein (vgl. insbes. Delbrück, die Übernahme fremder Schulden 1853 S. 81). Auch die meisten neueren Gesetzgebungen ermächtigen die Gläubiger sich unmittelbar an den Käufer zu halten, und zwar gewöhnlich nach den Regeln der Schuldübernahme, worüber das Nähere im Obl. R. zu geben ist: so der Codex Maxim. bavar. civ. IV 4 §. 7 Nr. 9, das A. L. R. I 11 §. 462...467, das sächs. Gesetzb. §. 2380 und der baier. Entw. Art. 350.

V. Der Schutz des Erbrechts.

Die Erbrechtsklage.

1. Grund und Arten der Erbrechtsklage[1].

§. 50.

Der Gesammtnachfolger nimmt das Erbrecht und die Erbschaft für sich in Anspruch[a]. Beide Ansprüche, welche absolut (unpersönlich, dinglich) sind und von denen der letztere zugleich den

[a] System II §. 108.

erſteren in ſich begreift, können mittelſt unperſönlicher (dinglicher[b]) Klage geltend gemacht werden. Zum Schutz des Erbrechtsanſpruchs dient die eigentliche Erbrechtsklage[c], zum Schutz des Erbſchaftsanſpruchs dient die Erbſchaftsklage (hereditatis petitio[d] §. 823): jene iſt die Vindication des Erbfolgerechts (juris vindicatio), dieſe die Vindication der Erbſchaft (hereditatis vindicatio)[2]; jene dient zum Schutz gegen wörtliche Beſtreitung, dieſe zum Schutz gegen thätliche Verletzung des Erbrechts; mit jener wird Anerkennung des Erbrechts (des Erbſeins), mit dieſer als Geſammtklage[e] nebſt Anerkennung des Erbrechts[f] Herausgabe der Erbſchaft gefordert. Beide Klagen ſtehen ſowohl dem Alleinerben (ſog. hereditatis petitio totalis s. universalis) als dem Theilerben (ſog. hereditatis petitio partiaria[g]) zu (§. 823)[h].

Die Erbrechtsklage, ſowohl die Univerſalerbrechtsklage als die Theilerbrechtsklage, findet im Zug der Verlaſſenſchaftsabhandlung (oben §. 39) ſtatt. Werden nemlich widerſprechende Erbserklärungen eingebracht, ſo muß vor allem der Streit über das Erbrecht ſelbſt ausgetragen werden[3]. Der Abhandlungsrichter hat die Parteirollen dergeſtalt zu vertheilen, daß er jenem die Beklagtenrolle zuweiſt, für welchen die größere Wahrſcheinlichkeit des Erbrechts ſpricht. Daher iſt insbeſondere bei unbeſtrittener Echtheit des äußerlich formgerechten Erbvertrags oder Teſtaments dem Teſtaments- reſp. Inteſtaterben, im Fall des Vorhandenſeins mehrerer Teſtamente von ungleichem Datum dem in dem älteren Teſtament eingeſetzten Erben und unter mehreren geſetzlichen Erben dem entfernteren Verwandten die Rolle des Klägers zuzutheilen (§. 125. 126 Geſ. v. 9. Aug. 1854)[4]. Die Erbrechtsklage iſt eine Präjudicialklage[i]: mit dem Sieger im Erbrechtsſtreite[5] iſt die Verlaſſenſchaftsabhandlung weiter zu pflegen und ihm ſchließlich die Erbſchaft auszufolgen.

Die Erbſchaftsklage kann von dem Erben ſowohl gegen denjenigen, dem das Gericht nach gepflogener Abhandlung als vermeintlichem Erben die Erbſchaft ausgefolgt hat (§. 823)[6], als

[b] Syſtem I §. 61 Note 38. 101. II §. 114 Note 9. 10. [c] Syſtem II §. 115 Note 18. [d] Dig. de hereditatis petitione 5. 3. Cod. eod. 3. 31. [e] L. 18 §. 2 D. h. t. 5. 3. L. 1 §. 1 D. si pars her. 5. 4. L. 1 pr. D. de R. V. 6. 1. Syſtem I §. 61 Note 103. [f] Syſtem II §. 115 Note 13. [g] Dig. si pars hereditatis petatur 5. 4. [h] L. 10 §. 1 D. h. t. 5. 3. [i] Syſtem II §. 115 Nr. II 2.

gegen dritte Personen angestellt werden, welche sein Erbrecht dadurch verletzen, daß sie die rechtliche oder faktische Nachfolge für sich selbst thatsächlich in Anspruch nehmen[7]. Denn diese Klage findet überhaupt gegen jeden statt, der dem Erben den Nachlaß oder einzelne Bestandtheile desselben, Sachen oder Rechte[k], oder die Bezahlung einer Erbschaftsschuld[1] aus dem Grunde vorenthält, weil er selbst Erbe, Vorerbe oder Nacherbe[m], zu sein vermeint oder vorgibt[8]; nicht auch gegen jenen, der, ohne sich selbst die Erbfolge anzumaßen, die Herausgabe von Erbschaftssachen oder die Bezahlung einer Erbschaftsschuld verweigert, sei es weil er die Erbschaftsqualität der Sache oder die Existenz der Erbschaftsforderung läugnet[9] oder weil er das Erbrecht des Gegners nicht anerkennt[10]; wohl aber gegen jenen, der eigenmächtig occupirte Nachlaßsachen als gute Beute behandelt[11] (823)[12]. Die Erbschaftsklage findet auch gegen jenen statt, der die Erbschaft zwar nicht mehr besitzt, aber zur Strafe für seine Unredlichkeit so behandelt wird, als besäße er (arg. §. 824. 335)[n]. Hat sich der nichtbesitzende Beklagte auf die Erbschaftsklage so eingelassen, als besäße er, so haftet er dem irregeführten Kläger für den daraus entstehenden Schaden[o] (arg. §. 377)[13].

Die Erbrechtsklage im weitern Sinn verjährt in der Regel in dreißig Jahren von der Zeit der Erbrechtsanmaßung des Gegners an (§. 1478. 1479)[p]; sie verjährt jedoch schon in drei Jahren, wenn sie sich auf eine erst noch zu erweisende Nullität eines Testaments stützt, welches zur Grundlage der Verlassenschaftsabhandlung genommen wurde (§. 1487)[q].

Anm. [1] Glück Bd. 7 S. 491 fg. Bd. 8 S. 1 fg. Fabricius, Bemerkungen über die hereditatis petitio, im Rhein. Mus. Bd. 4 Nr. 5. Arndts, über das Wesen und den Umfang der hereditatis petitio, in den Beiträgen zu verschiedenen Lehren des Civilr. 1837 I Nr. 1, und Art. hered. petitio im R. L. V S. 207 fg. Zimmermann, Beitrag zur Lehre von der hered. petitio, im civil. Archiv Bd. 29 Nr. 6. 15.

[2] Der Streit darüber, ob die Erbschaftsklage eine Vindication des Erbrechts (Arndts, Beitr. S. 15 fg. Pandekt. §. 531 Anm. 2) oder eine Vindication der

[k] L. 4. 9. 10 pr. D. h. t. L. 1 §. 1 D. si pars hered. 5. 4. cf. L. 19 §. 3 D. h. t. [l] L. 13 §. 15. L. 14...16 pr. §. 3 D. h. t. [m] L. 13 §. 5. 6. L. 20 §. 13 D. h. t. [n] Vgl. unten §. 52. [o] L. 13 §. 13. L. 45 D. h. t. System II §. 128 Note 50. 51. [p] L. 3 C. de praescr. trig. 7. 39. [q] Oben §. 22 Anm. 6.

Erbſchaft ſei (Dernburg, über das Verhältniß der hered. pet. zu den erbſchaftl. Singularklagen S. 13 Note 2), iſt m. E. ein müßiger. Vgl. Syſtem I S. 537. 538. Die Vindication der Erbſchaft iſt nur ein anderer reeller und praktiſcher Ausdruck für die Vindication des Erbrechts als des Rechts der Nachfolge in das Erbvermögen (cf. Gaj. IV 17). Es findet hiebei dieſelbe Verwechslung des Rechts (der ſog. ſubjektiven Seite der hereditas) mit ſeinem Gegenſtande (der ſog. objektiven Seite der hereditas) ſtatt, wie bei der Eigenthumsklage: wie man hier die Sache vindicirt, während man das Eigenthumsrecht für ſich in Anſpruch nimmt, ſo vindicirt man dort die Erbſchaft (das Objekt der Nachfolge), während man in der That das Erbrecht (das Recht der Nachfolge) vindicirt. Die hereditatis petitio wird daher in den Quellen wiederholt als vindicatio successionis bezeichnet. L. 4 C. in quib. caus. 7. 34. L. 2 C. unde legit. 6. 15. L. 5. 9 C. comm. de succ. 6. 59. L. 4 C. qui admitt. ad B. P. 6. 9. L. 2 C. de succ. edict. 6. 16. Und wenn es auch in der Formel heißt: si paret hereditatem meam esse, ſo darf man doch nicht überſehen, daß hereditas nicht bloß universitatem, ſondern auch jus successionis bedeutet. L. 208 D. de V. S. Vgl. oben §. 2 Anm. 11. — Über den Gerichtsſtand der Erbrechts- und Erbſchaftsklage: §. 37 J. N. v. 20. Nov. 1852.

[3] Daß im Zug der Verlaſſenſchaftsabhandlung bei widerſtreitenden Erbserklärungen nicht bloß ein poſſeſſoriſcher und proviſoriſcher, ſondern ein petitoriſcher und definitiver Erbrechtsſtreit zu führen iſt, macht ein Hauptgebrechen dieſes Inſtituts in ſeiner gegenwärtigen Geſtalt aus. Unger, die Verl. Abh. S. 117 fg. 196 fg. Vgl. oben §. 39 Anm. 8.

[4] Samml. Nr. 66. 115. 247. Vgl. auch oben §. 22 Anm. 5. cf. L. 1 §. 1 D. de b. p. s. t. 37. 11. Werden zwei datumloſe Teſtamente oder zwei Teſtamente von gleichem Datum producirt, ſo hat der Abhandlungsrichter beide Theile als gleichberechtigt anzuſehen. (§. 715) und jene Partei, welche die Alleingültigkeit des von ihr producirten Teſtaments behauptet, muß gegen den andern Theil als Kläger auftreten. Unger, die Verl. Abh. S. 131 Note 14. Wie aber ſoll der Richter die Parteirollen vertheilen, wenn aus einem Teſtamente mehrere gleichnamige oder gleichſtehende Perſonen dieſelbe Erbeinſetzung für ſich in Anſpruch nehmen? cf. L. 4 §. 1 D. si cui plus 35. 3. L. 10 pr. D. de reb. dub. 34. 5. L. 2 D. quae pro non scripto 34. 8. L. 73 §. 3 D. de R. J. Syſtem I §. 70 Nr. I 1. Oben §. 13 Anm. 4. — Ausnahmsweiſe wird auch bei unbeſtrittener Echtheit des äußerlich formgerechten Teſtaments der Teſtamentserbe in jenen Fällen als Kläger gegen den Inteſtaterben aufzutreten haben, in denen nicht von dieſem zunächſt die Ungültigkeit, ſondern von jenem zunächſt die Gültigkeit des Teſtaments zu beweiſen iſt; z. B. im Fall des §. 567 oder des §. 722 (Samml. Nr. 115). cf. L. 1 §. 10. 11 D. de b. p. s. t. 37. 11. — Gegen den Beſcheid, womit der Abhandlungsrichter die Parteirollen vertheilt, kann Recurs ergriffen werden.

[5] Der Richter hat der auf den Klageweg verwieſenen Partei eine angemeſſene Friſt zur Überreichung der Erbrechtsklage zu beſtimmen: wird die Klage in dieſer Zeit nicht eingebracht, ſo iſt mit der Verlaſſenſchaftsabhandlung „ohne Berückſichtigung der auf den Rechtsweg verwieſenen Erbanſprüche“ vorzugehen. §. 125 Geſ.

v. 9. Aug. 1854. — Über den Erbrechtsstreit als reinen Präjudicialstreit vgl. auch Mühlenbruch Bd. 43 S. 85 und Stahl, Rechtsphilos. II 1 §. 94, der jedoch nicht frei von Übertreibung ist.

[6] Veranlassung hiezu tritt ein: a) im Fall der Auffindung eines Testaments nach beendeter Verlassenschaftsabhandlung (§. 180 Ges. v. 9. Aug. 1854); b) im Fall der Versäumniß der Anbringung der Erbrechtsklage in der bestimmten Frist (§. 125 ebda); c) im Fall der Nichtüberreichung der Erbserklärung in der gehörigen Frist (§. 120. 128 ebda). Vgl. oben §. 36 Anm. 16.

[7] Der eigentliche Eingriff in die Nachfolge besteht in ihrer Selbstanmaßung, indem hiedurch die Ordnung der Erbfolge gestört und der Successor aus seiner erbrechtlichen Stellung verdrängt wird. Das die Person des mit der Erbschaftsklage zu Belangenden qualificirende Moment besteht nicht in dem Besitz der Erbschaft oder in dem Haben von Nachlaßgegenständen schlechthin, sondern in der sich darin manifestirenden Usurpation der Nachfolge, gleichsam im Besitz der Succession selbst (Keller, Pandekt. §. 544), so daß diese es ist, welche zunächst dem Beklagten abverlangt wird: successio ab eo vindicatur. L. 4 C. in quib. caus. 7. 34. Der Erbrechtsstreit ist ein Streit zwischen zwei Erbprätendenten über die Nachfolge: ein Successionsstreit. Vgl. Brinz S. 682. Daher heißt es auch in §. 532, daß das Erbrecht gegen jeden wirksam ist, der sich der „Verlassenschaft" (der Nachfolge) anmaßen will. Vgl. auch Zeiller II S. 382. — Es wird von unseren Schriftstellern in der Regel ganz übersehen, daß auch der vom Gericht in den Nachlaß eingesetzte Erbe in die Lage kommen kann, die Erbschaftsklage anzustellen, z. B. gegen die in einem Fall der Anm. 6 befindlichen Personen, welche als selbstberechtigte Erben die Herausgabe von Erbschaftssachen oder die Bezahlung von Erbschaftsschulden verweigern. Doch werden solche Fälle allerdings zu den seltneren gehören.

[8] Es ist dies die sog. possessio pro herede. L. 9 D. h. t. Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede vel possessore possidet vel rem hereditariam. L. 11 pr. eod. Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur? Et Arrianus . . . . putat teneri: quo jure nos uti Proculus scribit. Arndts, Beitr. S. 26 fg. 34 fg. Bangerow II §. 505. Über die sog. possessio pro possessore, welche es auch nach österr. Recht gibt, vgl. Anm. 11. Daß die Erbschaftsklage auch gegen den Erben des vermeintlichen oder vorgeblichen Erben zulässig ist, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst. L. 13 §. 3 D. h. t. Sie ist aber auch gegen den dritten Erwerber der ganzen Erbschaft oder eines aliquoten Theils derselben ebenso zulässig, wie gegen den Erbschaftsverkäufer, weil dieser in dem Erlös gleichsam die Erbschaft selbst besitzt (L. 13 §. 4. 5 h. t.), und jener gewissermaßen die Successionsanmaßung des Erbschaftsveräußerers fortsetzt und mittelbar gleichsam selbst sich der Nachfolge anmaßt. L. 13 §. 4. 5. 8...10 D. h. t. L. 2 C. h. t. arg. §. 1278 fg. 1282. 1283. Dem steht auch der Schlußsatz des §. 824 nicht im Wege, da derselbe sich nur auf die dritten Erwerber einzelner „Erbstücke" bezieht. Winiwarter III S. 453. Stubenrauch II S. 816. (Mit dieser Auffassung erledigt sich auch das Bedenken von Dernburg S. 15 Note 7.)

[9] Denn in dieſem Falle müßte der Erblaſſer ſelbſt klagend auftreten, um die Bezahlung der Forderung oder die Herausgabe der Sache zu erlangen, die der Beſitzer aus einem ſpeziellen Rechtsgrunde (titulo singulari) etwa für ſich ſelbſt in Anſpruch nimmt. L. 4 C. in quib. caus. 7. 34. Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest, verum his, qui nec pro herede, nec pro possessore, sed pro emto vel donato vel alio titulo res, quae ex hereditate sunt vel fuerunt, possident, quum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio nocet. L. 7 C. h. t. 3. 31. Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non summoveri nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis (Syſtem II §. 115 Note 11) ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit.

[10] L. 42 D. h. t. Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione. Ein ſolcher Erbſchaftsſchuldner maßt ſich nicht ſelbſt die Nachfolge an, er beſitzt nicht pro herede (und nicht pro possessore), daher ab eo successio vindicari non potest. Deshalb muß der Erbe gegen den Dritten, der einzelne Erbſchaftsſtücke vom vermeintlichen Erben und früheren Erbſchaftsbeſitzer (mala fide: §. 824) an ſich gebracht hat, mit der Singularklage auftreten, wenn dieſer die Herausgabe wegen Nichtanerkennung des klägeriſchen Erbrechts verweigert, da hierin auch nicht mittelbar (Anm. 8) eine Selbſtanmaßung der Nachfolge liegt; arg. L. 13 §. 8 D. h. t. L. 2 i. f. C. h. t. Daß aber überhaupt gegen denjenigen, der ohne die Succeſſion für ſich ſelbſt in Anſpruch zu nehmen, das Erbrecht des Gegners nicht anerkennt, nicht die Erbſchaftsklage zuläſſig iſt, erklärt ſich daraus, daß in einem ſolchen Falle ein Eingriff in die Nachfolge ſelbſt, eine Verletzung des Erbrechts in ſeiner Totalität nicht ſtattfindet, ſondern nur eine Beeinträchtigung einer einzelnen Wirkung des Erbeſeins vorhanden iſt, zu deren Beſeitigung dem Erben die Einzelklage dient.

[11] Hierin liegt eine thatſächliche Anmaßung der faktiſchen Nachfolge (welche in altrömiſcher Zeit durch die einjährige pro herede usucapio ſogar zur rechtlichen Nachfolge führen konnte), eine praktiſche Nichtanerkennung der rechtlichen Succeſſion überhaupt: ſog. possessio pro possessore. L. 11 §. 1 L. 12. 13 pr. D. h. t. §. 3 I. de interd. 4. 15. cf. L. 16 §. 4 D. h t. L. 14 §. 2 D. quod met. caus. 4. 2. L. 6 §. 5. L. 22 §. 1 D. de act. rer. amot. 25. 2.

[12] Es iſt wohl zu beachten, daß es in §. 823 heißt: „das Eigenthum einzelner Erbſchaftsſtücke wird nicht mit der Erbſchafts- ſondern der Eigenthumsklage verfolgt“: damit iſt nicht geſagt, daß nicht etwa auch „einzelne Erbſchaftsſtücke“ mit der Erbſchaftsklage abgeholt werden könnten. Es kommt nemlich in dieſer Beziehung gar nicht auf das Objekt des Beſitzes, ſondern lediglich auf den Titel des Beſitzes, alſo darauf an, ob der Beſitzer die einzelne Erbſchaftsſache titulo universali als Geſammtnachfolger oder titulo singulari für ſich in Anſpruch nimmt: im

ersten Fall maßt er sich die Nachfolge an, und diese ist Gegenstand der Vindication und des Streites, im zweiten Fall maßt er sich die Sache an, diese ist es daher, um welche zu streiten ist. Im westgal. Gesetzb. II §. 637 heißt es denn auch ausdrücklich: „Diese Klage (die Erbschaftsklage) findet aber nur gegen einen solchen Übernehmer statt, welcher sich des Erbrechts angemaßt hat . . .." Nach R. R. konnte der Besitzer von Nachlaßgegenständen darüber in jure interrogirt werden, ob er dieselben titulo universali (pro herede oder pro possessore) oder titulo singulari (pro emto, pro donato etc.) besitze (L. 11 C. h. t. 3. 31), um darnach die rechte Klage, Erbschaftsklage oder Singularklage, anzustellen. In der heutigen gemeinrechtlichen Praxis pflegt man Erbschafts- und Einzelklagen alternativ zu cumuliren (Glück Bd. 7 S. 520. Zimmermann S. 456 fg. Vangerow II S. 405), und dasselbe wird der Erbe wohl auch nach österr. Recht thun können, wenn er darüber ungewiß ist, auf welchen Titel hin der Besitzer die Sache für sich in Anspruch nimmt oder die Zahlung der Erbschaftsschuld verweigert. Vgl. jedoch Zeiller II S. 870.

[13] Analog wird auch hier die Vorschrift des §. 375 angewendet werden können. cf. L. 13 §. 12 D. h. t.

[14] Über die hereditatis petitio partiaria (Dig. 5. 3) insbesondere, welche hauptsächlich gegen die das Miterbrecht des Klägers nicht anerkennenden Miterben anzustellen ist, vgl. Glück Bd. 8 S. 2 fg. Göschen, Vorles. III 2 §. 961. Arndts im R. L. V S. 213 fg.

[15] Einen provisorischen Schutz des Erbrechts durch besondere Rechtsmittel gibt es nach österr. Recht nicht. Zunächst nicht einen provisorischen Schutz des wahrscheinlichen Erbrechts, wie nach gem. Recht (missio Hadriana, interdictum quorum bonorum, Arndts §. 535, Vangerow §. 509. 510.), da die Verlassenschaftsabhandlung auf Ermittlung des wahren, nicht bloß des wahrscheinlichen Erben gerichtet ist, wenngleich freilich dieses Resultat nicht immer erreicht wird und der gefundene Erbe gar häufig nicht der gesuchte ist. Vgl. oben §. 39 Anm. 8. Ebensowenig aber gibt es einen provisorischen Schutz des möglichen Erbrechts durch besondere Rechtsmittel. Für den Wahnsinnigen erwirbt der Curator in definitiver Weise das Erbrecht (oben §. 36 Anm. 4), so daß zu einer interimistischen bonorum possessio furiosi nomine (Arndts §. 538. Vangerow §. 511) gar keine Veranlassung vorhanden ist. Ist der unmittelbare Erbe zur Zeit des Todes des Erblassers schon erzeugt, aber noch nicht geboren (§. 22), so findet nach österr. Recht nicht die gemeinrechtliche missio in possessionem ventris nomine (Arndts §. 536. Vangerow §. 511 a) statt, sondern es ist in einem solchen Fall für die Zwischenzeit unter Umständen ein Verlassenschaftscurator zu bestellen (§. 78. 129 Ges. v. 9. Aug. 1854, vgl. jedoch §. 77 Nr. 3 ebda), wozu aber immerhin der Curator der Leibesfrucht (§. 274) ernannt werden mag (cf. L. 1 §. 17. 18. 21. 22. 26. L. 5 §. 1 D. de ventre in possess. 37. 9), oder doch im Fall des §. 778 sowie wenn Miterben vorhanden sind (oben §. 44 Anm. 18) mit der Ausfolgung des Nachlasses an den Testamentserben oder die Miterben bis zur Geburt innezuhalten. Vgl. auch §. 1243 und westgal. Gesetzb. II §. 630. Doch ist der Grund der Alimentengewährung nach R. R. ein anderer als nach österr. Recht: dort die Sorge für das Kind als künftigen Erben: est enim aequissimum, partui consuli, qui dominus bonorum aliquo

casu futurus est vel natus bonorum possessionem accepturus est (L. 1 §. 2. 11. D. h. t. 37. 9.), ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur (L. 6 eod.), ne qui speratur ante vitam necetur (L. 2 §. 9 eod. Bachofen, das röm. Pfandr. 1 S. 327 fg.), hier ganz im Sinn des deutſchen Rechts die Rückſicht für die Schwangere als Witwe des Erblaſſers (vgl. Siegel, Erbr. S. 203): dort werden die Alimente dem zukünftigen Erben (L. 5 pr. D. h. t.), hier der ſchwangeren Witwe ſelbſt gereicht, wie denn auch die ſechswöchentliche Friſt in §. 1243 eine altdeutſche iſt (Siegel Note 842). Iſt der Erbe bedingt eingeſetzt, ſo hat, abweichend vom gem. Recht (Arndts §. 539), bis zur Erfüllung der Bedingung der Inteſtaterbe die Stellung eines Vorerben (§. 707). Vgl. oben §. 16 Anm. 20. Endlich findet nach öſterr. Recht auch die ſog. bonorum possessio ex Carboniano edicto (Arndts §. 537. Vangerow §. 512) nicht ſtatt, da der Prozeß über die beſtrittene Kindesqualität des unmündigen Erben ſofort zu führen iſt.

2. Beweis der Erbrechtsklage.

§. 51.

Der Erbrechtsſtreit, welcher im Zug der Verlaſſenſchaftsabhandlung ſtattfindet, iſt ein Kampf zweier oder mehrerer Erbprätendenten um das relativ beſſere Erbrecht: jeder Theil hat daher erforderlichenfalls das von ihm beanſpruchte Erbrecht zu beweiſen und es handelt ſich darum, welches der behaupteten Rechte das ſtärkere ſei. Der Erbſchaftsſtreit, welcher nach beendeter Verlaſſenſchaftsabhandlung ſtattfindet, wird zwar auch zwiſchen zwei Nachlaßprätendenten geführt, allein es kommt hiebei an ſich nicht darauf an, ob das vom Beklagten in Anſpruch genommene Succeſſionsrecht wirklich vorhanden ſei, ſondern lediglich darauf, ob dem Kläger das von ihm geltend gemachte Erbrecht zuſtehe: der Erbſchaftsſtreit iſt ein Kampf um das abſolute Erbrecht des Klägers [1]. Dieſer hat zugleich, wenn er nicht gegen jene Perſon klagt, welche das Gericht nach gepflogener Abhandlung in den Nachlaß eingeſetzt hat, erforderlichenfalls zu beweiſen, daß der Beklagte ſich im Beſitz von Nachlaßgegenſtänden auf Grund der Selbſtanmaßung der Nachfolge befinde (arg. §. 369) [2]: läugnet der Beklagte wider beſſeres Wiſſen den Beſitz, ſo wird derſelbe zur Strafe ſofort auf den Erbſchaftskläger übertragen (arg. §. 376) [a].

Das Erbrecht wird bewieſen durch den Nachweis der Berufung zur Erbſchaft des Verſtorbenen oder des gerichtlich für todt Erklär-

[a] cf. L. 80 D. de R. V. 6. 1. Syſtem II §. 124 Note 5. §. 129 Note 37.

ten[3]. Stützt der Erbe sein Successionsrecht auf ein widerrufliches oder unwiderrufliches Testament, so ist vor allem dessen Errichtung und Inhalt zu beweisen: dies geschieht bei öffentlichen Testamenten und bei schriftlichen Privattestamenten durch Vorweisung der betreffenden Urkunde (vgl. §. 722)[b], bei mündlichen Privattestamenten durch die übereinstimmende beschworene Aussage der drei Testamentszeugen[c] oder, dafern einer von ihnen nicht mehr vernommen werden kann, der beiden übrigen Zeugen (§. 586)[4]. Überdies hat der Testamentserbe als Kläger wie als Beklagter die bestrittene Echtheit der Schrift oder Unterschrift des Erblassers[5], erforderlichenfalls die Eigenschaft des Testaments als eines privilegirten sowie die bestrittene Beobachtung der Förmlichkeiten der Testamentserrichtung (§. 579 fg.)[6] zu beweisen; dagegen ist es nach allgemeinen Grundsätzen[d] Sache des Gegners die von ihm behauptete Ungültigkeit des Testaments[e], etwa wegen Unfähigkeit der Testamentszeugen, wegen Unfähigkeit des Erblassers zur Testamentserrichtung (§. 566[f]. 567[g] fg.), wegen Mängel der Willenserklärung (§. 565. 570 fg.)[h], wegen späterer Aufhebung des Testaments (§. 713 fg. 717 fg.)[i] oder wegen Verletzung seines Notherbenrechts (§. 778), und ebenso die behauptete Erbunfähigkeit des Testamentserben[k] zu beweisen. Nimmt der Erbe das gesetzliche Erbrecht für sich in Anspruch, so hat er erforderlichenfalls bloß das ihn zur Intestaterbfolge berechtigende Verwandtschafts- oder Eheverhältniß nachzuweisen: es ist Sache des Gegners darzuthun, daß der behaupteten gesetzlichen Nachfolge das Vorhandensein eines Testaments, die Existenz eines näher berechtigten Intestaterben[7] oder anderweitige in den Verhältnissen des Erbprätendenten selbst liegende Hindernisse entgegenstehen, wie Erbunfähigkeit, Erbverzicht oder Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge durch den Willen des Erblassers, wogegen es jenem wieder anheimsteht die Ungültigkeit des vorgeschützten Testaments[l], die Ablehnung des Testamentserben[m] oder den Wegfall der vor ihm zur Nachfolge berufenen Intestaterben darzuthun.

[b] Oben §. 24 Anm. 12. [c] cf. L. 32 C. de fideicomm. 6. 42. L. 31 C. de test. 6. 23. [d] System II §. 129 Nr. III. [e] L. 11 C. de probat. 4. 19. [f] cf. L. 5 C. de codicill. 6. 36. System II §. 123 Note 23. §. 124 Note 23. [g] System II §. 123 Note 23. §. 76 Note 8. [h] System II §. 123 Note 23 a. [i] L. 22 D. de probat. 22. 3. cf. L. 22 D. de legat. II. [k] L. 11 Cod. cit. 4. 19. [l] L. 5 §. 1 L. 6 D. de H. P. 5. 3. [m] cf. L. 2 D. si pars her. 5. 4.

Anm. [1] Dieser Unterschied zwischen dem petitorischen Erbrechts- und dem petitorischen Erbschaftsstreit erklärt sich aus Folgendem. Bei dem Erbschaftsstreit befindet sich der Beklagte schon im Erbschaftsbesitz, es muß daher der Kläger, um zu siegen, nachweisen, daß das Erbrecht ihm zustehe: stellt es sich heraus, daß weder er noch der Beklagte, sondern ein Dritter der wahre Erbe sei, so befinden sich beide Streittheile in gleicher Lage und da ist nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger abzuweisen: in pari causa melior est conditio possidentis. System II §. 129 Note 37. Bei dem petitorischen Erbrechtsstreit dagegen handelt es sich darum zu ermitteln, welcher unter mehreren Erbprätendenten als der Berechtigte in den definitiven Erbschaftsbesitz einzusetzen sei und hiebei kann nur das relativ bessere Erbrecht den Ausschlag geben. Anm. 7. Der Ausdruck „besseres Erbrecht" in §. 823 läßt es zweifelhaft, ob darunter das relativ-bessere oder das absolut-bessere Recht des Klägers zu verstehen sei: allgemeinen Grundsätzen zufolge ist doch wohl das letztere anzunehmen. Vgl. auch westgal. Gesetzb. II §. 636. 638.

[2] Über den Beweis der einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenstände, in deren Besitz der Beklagte sich befindet, vgl. Zimmermann S. 463 fg.

[3] Der Beweis des Erbschaftsantritts braucht in der Regel nicht geführt zu werden, da die Anstellung der Erbschaftsklage selbst den Willen, das Erbrecht zu erwerben, außer allen Zweifel stellt (oben §. 36 Anm. 12), es müßte denn für die Antretung der Erbschaft vom Erblasser eine bestimmte Zeit oder Form vorgeschrieben worden sein. Desgleichen bildet der Tod oder die Todeserklärung des Erblassers als ohnehin feststehend nicht den Gegenstand besonderer Beweisführung. Vgl. §. 20 34 fg. Ges. v. 9. Aug. 1854.

[4] Die von den Testamentszeugen errichtete Urkunde über das mündliche Testament (§. 585) stellt nach österr. Recht, abweichend vom gem. Recht, mit gutem Grund den Beweis des Testaments nicht her. Vgl. oben §. 10 Anm. 11. Daß nach §. 586, „wofern einer aus den Zeugen nicht mehr vernommen werden kann", die eidliche Aussage der zwei übrigen Zeugen des mündlichen Testaments den Beweis seiner Errichtung und seines Inhalts herzustellen vermag, ist schon an sich eine bedenkliche Begünstigung (Arndts im R. L. V. S. 218 Note 69) und darf daher doch wohl nicht, wie öfters behauptet wird (Rippel IV S. 128. 129. Stubenrauch II S. 346. 347. Füger, Erbr. II S. 56. 57), auf die Fälle ausgedehnt werden, daß der dritte Zeuge die Aussage beharrlich verweigert oder sich nicht mehr erinnern zu können erklärt oder nur zur Zeit nicht vernommen werden kann. Sind mehr als drei Zeugen zur Errichtung des mündlichen Testaments zugezogen worden, so genügt die eidliche Deposition dreier von ihnen; daß dagegen nicht andere bei der Testamentserrichtung zufällig zugegen gewesene Personen zur Beweisführung zugelassen werden können, daß also nur die Testamentszeugen die Beweiszeugen sein können, ergibt sich schon aus der Fassung des §. 586. Vgl. auch Glück Bd. 7 S. 504 fg. Bd. 35 S. 8 fg. Arndts Note 70. Ist die Aussage des dritten Zeugen mit der übereinstimmenden Deposition der beiden andern Zeugen in Widerspruch, so ist der Beweis als nicht erbracht anzusehen. Über das Benehmen der Abhandlungsbehörde bei mündlichen Testamenten: Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 65. 66. 67. 123. — Ganz verkehrt ist die ziemlich unbegreifliche Behauptung Ellinger's zu §. 586, daß „die

Berechtigung (?) aus diesem § binnen drei Jahren geltend gemacht werden müsse (§. 1487)."

5 Vgl. §. 134 A. G. O. Es wird zwar öfters behauptet (Stubenrauch II S. 368. 817 Note***. Ungenannter, Bemerkungen über den §. 134 der A. G. O. mit besonderer Beziehung auf letztwillige Anordnungen, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1834 Bd. 1 Nr. 8. Krauß, über die Erfordernisse der Testamentsimpugnationsklage, im Jurist. Bd. 4 S. 186 fg. Nagel in der G. Z. 1862 Nr. 96), daß nicht der Testamentserbe die bestrittene Echtheit, sondern der Intestaterbe die behauptete Unechtheit des Testaments zu beweisen habe, theils in Folge allgemeiner Prozeßgrundsätze über die Last des Beweises (A. G. O. §. 104), theils weil der Intestaterbe sein Erbrecht auf die Ungültigkeit des Testaments stütze (§. 727). Allein diese Ansicht ist durchaus unhaltbar. Was zunächst den ersten Grund betrifft, so übersieht man hiebei, daß die Behauptung der Unechtheit des Testaments gar nicht eine selbständige Position ist, sondern daß sie nur die Negation (den Widerspruch) der gegnerischen Behauptung der Echtheit des Testaments enthält; in letzterer Hinsicht verkennt man, daß das Intestaterbrecht die Ermangelung eines Testaments (§. 727) nur zu seiner negativen, nicht zu seiner positiven Voraussetzung hat, indem die gesetzliche Erbfolge nicht durch den Mangel eines Testaments begründet, sondern nur durch das Vorhandensein eines Testaments ausgeschlossen wird (Anm. 7): der Intestaterbe leitet nicht aus der Unechtheit des Testaments sein Erbrecht ab, sondern er bestreitet nur das Erbrecht, welches der Testamentserbe aus dem unechten Testament für sich ableitet. Die richtige Ansicht, welche auch Rippel IV S. 130. 131 vertheidigt (widerspruchsvoll ist die Darstellung von Zeiller II S. 468. 452), hat in §. 126 des Ges. v. 9. Aug. 1854 indirekt positive Anerkennung gefunden. Die Urtheile unserer Gerichte über diesen wichtigen Punkt sind schwankend. Samml. Nr. 274. 306. Die in Nr. 306 angeführten, überwiegend auf rein formellen Erwägungen beruhenden Gründe des obersten Gerichtshofes für die Verpflichtung des klagenden Intestaterben zum Beweis der Unechtheit des Testaments sind m. E. unbefriedigend und unstichhaltig: von allem andern abgesehen, wie kann man sagen, daß der klagende Intestaterbe das Testament producire, da doch seinem Gegner auf Grund des von ihm producirten Testaments, dessen Echtheit jener bestreitet, die Beklagtenrolle zugewiesen wurde (vgl. auch L. 24 C. ad leg. Cornel. 9. 22.), und wie soll überhaupt die Vertheilung der Parteirollen auf die Vertheilung der Beweislast von solchem Einfluß sein können? System II §. 129 Note 23. Ein sonderbarer Begriff von „Unechtheit" eines Testaments findet sich in der Samml. Nr. 66.

6 Vgl. hierüber insbes. Fein Bd. 45 S. 40 fg. 45 fg. 51 fg. Es ist aber die Frage, ob nicht die Gesetzgebung dem Testamentserben zu Hilfe kommen sollte, zumal da auch die Bestätigung der Testamentszeugen im Testament über die Beobachtung der Förmlichkeiten nicht beweismachend ist.

7 Diese Vertheilung der Beweislast, welche auch von den meisten gemeinrechtlichen Schriftstellern vertheidigt wird (vgl. Glück Bd. 7 S. 510 fg. und die bei ihm Note 37 Angeführten, Arndts im R. L. V S. 219. 220 und die von ihm Note 76 allegirten Schriftsteller, Langenbeck, die Beweisführung in bürgerl. Rechts-

ſtreitigkeiten, 1860, S. 346. 347), ergibt ſich aus der Erwägung, daß das Nichtvorhandenſein eines Teſtaments oder eines näheren Inteſtaterben nicht zur Begründung des Inteſtaterbrechts gehört, ſondern daß das Vorhandenſein ſolcher Momente die Entſtehung des an ſich begründeten geſetzlichen Erbrechts ausſchließt: jene Momente gehören alſo nicht zu den poſitiv wirkenden (rechtserzeugenden), ſondern zu den negativ wirkenden (rechtshindernden) Thatſachen: nach allgemeinen Grundſätzen aber hat der Rechtsprätendent nur die rechtserzeugenden, nicht auch das Nichtvorhandenſein der rechtshindernden Thatſachen zu erweiſen. Syſtem II §. 123. 129. Vgl. auch Maxen, über Beweislaſt 1861 S. 125. Dies wird gänzlich verkannt von Bethmann-Hollweg, Verſuche S. 362. 363, während die herrſchende Doktrin es öfters liebt, mit bloßen Billigkeitsgründen zu operiren. — Es iſt jedoch ſtets die Natur des während der Verlaſſenſchaftsabhandlung ſtattfindenden Erbrechtsſtreits als eines Kampfes um das relativ beſſere Erbrecht im Auge zu behalten, wobei es nur darauf ankommt, welcher der Erbprätendenten das nähere Recht zur Erbfolge habe. Anm. 1. Daher wird der Inteſtaterbe als Erbrechtskläger ſiegen, wenn er gegenüber dem beklagten Teſtamentserben nachweiſt, daß dieſes Teſtament durch ein ſpäteres aufgehoben ſei, mag gleich ein Dritter darin zum Univerſalerben eingeſetzt ſein, der nunmehr ſelbſt zur gerichtlichen Erbserklärung aufgefordert dieſelbe nicht einbringt (§. 120 Geſ. v. 9. Aug. 1854); ebenſo kann ſich der beklagte Teſtamentserbe im Fall erwieſener Ungültigkeit des Teſtaments nicht damit ſchützen, daß er nachweiſt, es ſei ein näherer ſich nicht meldender Inteſtaterbe als der Kläger vorhanden, da dieſer in den angeführten Fällen doch immerhin näher zum Erbrecht iſt als ſein Gegner. Dagegen würde unter denſelben Vorausſetzungen der Erbſchaftskläger unterliegen, da es auf Grund dieſer erwieſenen Einwendungen, in denen man ſicher nicht exceptiones de jure tertii ſehen kann (Arndts Note 77. Bruns in den Jahrb. f. gem. Recht Bd. 1 S. 109 fg.), jedenfalls feſtſteht, daß ihm das Erbrecht nicht zuſtehe, daß alſo in dem Erbſchaftsbeſitz des Beklagten eine Verletzung des prätendirten klägeriſchen Rechts nicht liege: actore non probante reus absolvitur. Syſtem II 129 Note 37. — Über das ältere deutſche Recht in Beziehung des Beweiſes bei dem Erbrechtsſtreit vgl. Kraut, Vormundſchaft Bd. 2 S. 222 fg. Siegel, Erbr. §. 52.

3. Herausgabe der Erbſchaft.

§. 52.

Geht der Erbſchaftskläger aus dem Rechtsſtreit als Sieger hervor, ſo iſt in dem richterlichen Urtheil vor allem das von ihm in Anſpruch genommene[a] Allein- oder Theilerbrecht anzuerkennen[b] und in Folge deſſen der beklagte Erbſchaftsbeſitzer zur Herausgabe des ganzen Nachlaſſes oder eines ideellen Theils[c] deſſelben zu verurtheilen (§. 823). Der Nachlaß kommt hiebei als ein Vermögens-

[a] Syſtem II §. 115 Note 5. 13.
[b] L. 20 §. 6. L. 57 D. h. t. 5. 3. L. 9 pr. L. 15 D. de exc. rei jud. 44. 2.
[c] L. 7 D. si pars hered. 5. 4.

ganzes[d] in Betracht, welches der Vermehrung und der Verminderung sowie des Wechsels der einzelnen Bestandtheile fähig ist[e]. Die Herausgabe hat sich daher im allgemeinen auf alles zu erstrecken, was zur Erbschaft ursprünglich gehört hat oder nachträglich zu ihr hinzugekommen ist[1]; namentlich begreift die Restitution die erbschaftlichen Sachen[2] sammt Zuwachs[f], sollte auch der Erblasser nur die Detention an ihnen gehabt haben[g], die für die Erbschaft[h] angeschafften Sachen[3], das von Erbschaftsschuldnern Gezahlte[i] sowie das vom Beklagten selbst dem Erblasser oder der Erbschaft Geschuldete[k] und die in Ansehung erbschaftlicher Sachen erworbenen Ansprüche gegen Dritte[l]. Im übrigen richtet sich der Umfang der Restitutionspflicht nach der Redlichkeit und Unredlichkeit des Erbschaftsbesitzers, welche in der Unkenntniß oder Kenntniß des Mangels der eigenen Erbberechtigung[m] besteht[4].

Der redliche Erbschaftsbesitzer ist vor Zustellung der Erbschaftsklage für sein Gebahren mit der Erbschaft nicht verantwortlich (§. 329)[o]; hat er Erbschaftssachen veräußert, so muß er den dafür erhaltenen Preis soweit er noch vorhanden ist herausgeben, da er überhaupt aus der fremden Erbschaft weder Schaden noch Gewinn ziehen soll und daher die zur Zeit des Urtheils[p] vorhandene Bereicherung herausgeben muß[5]; dennoch bleiben ihm die bezogenen natürlichen und bürgerlichen Früchte, mögen sie gleich noch in Natur vorhanden sein oder ihm durch ihre Verzehrung eine bleibende Bereicherung verschafft haben (§. 824. 330)[6]. Nach Zustellung der Erbschaftsklage befindet sich der redliche Erbschaftsbesitzer in Folge des nunmehrigen Bewußtseins seines möglichen Unrechts[q] im allgemeinen in derselben Lage wie der seines wirklichen Unrechts bewußte Erbschaftsbesitzer (§. 338)[r]; er haftet nunmehr für jedes Verschulden bei der Verwaltung der Erbschaft[s], für die Veräußerung[t] und

[d] L. 20 §. 10 D. h. t. 5. 3. System I §. 57 Nr. I. III. [e] L. 20 §. 3 D. h. t. L. 178 §. 1 D. de V. S. cf. L. 40 pr. D. de pecul. 15. 1. [f] L. 18 §. 2 L. 20 §. 3. L. 25 §. 20 D. h. t. [g] L. 19 pr. §. 2 D. h. t. [h] L. 20 pr. §. 1 D. h. t. cf. L. 25 §. 1 eod. [i] L. 25 §. 18 L. 31 §. 5 D. h. t. [k] L. 13 §. 15. L. 14. 15. 16 pr. §. 3. L. 20 §. 4. 5 D. h. t. [l] L. 16 §. 4. 5. L. 40 §. 2 D. h. t. [m] L. 20 §. 6. L. 25 §. 2. 3. 5. 6 D. h. t. [n] L. 25 §. 11. L. 31 §. 3 D. h. t. cf. L. 25 §. 15 eod. [o] System II §. 128 Note 32. [p] L. 36 §. 4 D. h. t. System II §. 182 Note 45. [q] cf. L. 10 C. de acq. poss. 7. 32. [r] L. 25 §. 7. L. 20 §. 11. L. 31 §. 3 D. h. t. System II §. 128 Nr. II 4. [s] L. 31 §. 3 cit. cf. L. 45 D. de R. V. [t] L. 5 pr. L. 53 D. h. t. L. 20 §. 16 eod. System II §. 128 Note 24.

das Abhandenkommen von Erbſchaftsſachen (§. 378) ſowie für die gezogenen und ziehbaren Früchte[u], und hat von den Erbſchaftsgeldern ſowie von dem für veräußerte Erbſchaftsſachen gelöſten Kaufpreis Zinſen (ſog. Prozeßzinſen) zu bezahlen[v]; für den zufälligen Schaden ſteht er ebenſowenig ein (§. 338)[w] als für die Früchte, welche der Kläger nach ſeinen perſönlichen Verhältniſſen hätte ziehen können[x].

Der unredliche Erbſchaftsbeſitzer ſoll nicht nur keinen Gewinn aus der Erbſchaft behalten, ſondern dem Erben überdies alles erſetzen, was dieſer ohne die widerrechtliche Vorenthaltung des Erbvermögens haben würde. Er haftet von der Zeit ſeines unredlichen Beſitzes an für jedes Verſchulden[y] in der Verwaltung der Erbſchaft[7], ja ſelbſt für den Zufall, der den Nachlaß bei dem rechten Erben nicht getroffen hätte[8]; hat er ſich des Beſitzes von Erbſchaftsſachen entäußert, ſo muß er dieſelben wieder beiſchaffen[z] oder, wenn er dies nicht kann, den durch Schätzungseid feſtzuſtellenden Werth derſelben erſetzen[aa], und der Kläger hat überdies die Wahl (arg. §. 335), die Erbſchaftsſache ſelbſt ſammt Früchten oder den dafür empfangenen höhern Preis nebſt Zinſen zu fordern[bb], dafern die Veräußerung nicht eine nothwendige war, in welchem Fall er ſich mit dem Erlös begnügen muß[cc]; für den Erſatz der Früchte geben die perſönlichen Verhältniſſe des Klägers den Maßſtab (arg. §. 335)[dd]. Hat der Beklagte Erbſchaftsgelder oder eingezogene Erbſchaftscapitalien verbraucht oder zu ſeinem Nutzen verwendet, ſo muß er ſie ſammt Zinſen erſetzen und ſelbſt von unbenutzt liegen gelaſſenen Erbſchaftsgeldern Zinſen entrichten[9].

Der beklagte Erbſchaftsbeſitzer kann ſeinerſeits Gegenanſprüche geltend machen. Zunächſt ſind ihm die auf die Erbſchaft gemachten Verwendungen nach den bei der Eigenthumsklage geltenden Grund-

[u] L. 1 §. 1 C. h. t. 3. 31. L. 2 C. de fruct. 7. 51. §. 2 I. de offic. jud. 4. 17. Syſtem II §. 128 Note 32. [v] L. 20 §. 11. L. 51 §. 1 D. h. t. L. 1 §. 1 C. cit. Syſtem II §. 128 Note 43. [w] L. 40 pr. D. h. t. cf. L. 16 pr. D. de R. V. 6. 1. [x] Syſtem I §. 13 Note 50. II §. 128 Note 33. [y] L. 25 §. 2. L. 54 §. 2 D. h. t. [z] L. 20 §. 21 D. h. t. L. 33 §. 1 eod. [aa] A. G. O. §. 214 lit. b. L. 13 §. 2. L. 20 §. 21 cit. L. 25 §. 8. 10 eod. [bb] L. 20 §. 2. 6. 12. 16. 21. L. 22 L. 33 §. 1. L. 36 §. 3 D. h. t. [cc] L. 20 §. 2. L. 33 §. 1. L. 53 D. h. t. [dd] L. 25 §. 4. L. 40 §. 1 D. h. t. §. 2 I. de off. jud. 4. 17. Syſtem II §. 128 Nr. II 5.

sätzen zu vergüten[ee] (§. 824. 331. 332. 336. 338)[10]. Der redliche Erbschaftsbesitzer kann ferner den Betrag seiner eigenen wenngleich unklagbaren Forderungen gegen den Erblasser unbedingt in Abzug bringen[ff], der unredliche Besitzer, da er aus seiner widerrechtlichen Lage keinen Vortheil ziehen soll, nur mit Einwilligung[gg] des Klägers[11]. Endlich kann der Erbschaftsbesitzer die Begräbnißkosten[hh] sowie das Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern Gezahlte[ii] in Abzug bringen oder Ersatz dafür fordern[12].

Anm. [1] Wird die Erbschaftsklage, wie dies in der Regel der Fall sein wird, gegen den gerichtlich eingesetzten Erben angestellt (§. 823), so ist bei der Restitution auf das errichtete amtliche Inventar oder auf das überreichte eidesstättige Vermögensbekenntniß (§. 114 Ges. v. 9. Aug. 1854) zu sehen. Überdies kann der Kläger dem Beklagten sowie dritten Personen unter Umständen den sog. Offenbarungs- oder Manifestationseid auftragen (A. G. O. §. 219. 220). Vgl. Glück Bd. 7 S. 542. 555. Zimmermann S. 463. 464. Zeiller II S. 873. Stubenrauch II S. 821. — Der Beklagte hat alles zu restituiren, was er zur Urtheilszeit von der Erbschaft in Händen hat. L. 4. 18 §. 1. L. 41 pr. D. h. t. Überdies kann der siegende Kläger von dem gerichtlich eingesetzten Erben auch die Herausgabe oder Vernichtung der Einantwortungsurkunde verlangen, damit dieser sich nicht länger dritten Personen gegenüber damit als Erbe legitimiren könne. — Eine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung, wie man sie früher häufig gefordert hat (Schiestl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1846 I S. 129 fg.), findet nicht statt. §. 180 Ges. v. 9. Aug. 1854.

[2] Nach gem. Recht schützt die usucapio pro herede den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer nicht gegen die hereditatis petitio. Arndts, Pand. §. 159 Anm. 3 lit. c. §. 533 Anm. 2 a. E. Vangerow I §. 320 Anm. 1. Unterholzner, Verjährungslehre 2 Aufl. I §. 106. 107. Nach österr. Recht ist diese Frage unpraktisch: eine ordentliche Ersitzung von Erbschaftssachen pro herede findet nach österr. Recht gar nicht statt, da dasselbe, an der sog. objektiven Usucapionstheorie streng festhaltend, die ordentliche Ersitzung auf einen Putativtitel hin überhaupt nicht zuläßt; die außerordentliche Ersitzung (§. 1477) aber wird ohnehin erst in derselben Zeit wie die regelmäßige Verjährung der Erbschaftsklage (§. 1479) vollendet.

[3] Unrichtig ist die Behauptung Winiwarter's III S. 452, daß der Erbschaftsbesitzer nicht schuldig sei, die mit Erbschaftsgeldern angeschafften Sachen herauszugeben. Nicht minder unrichtig aber ist die entgegengesetzte Behauptung von Stubenrauch II S. 820. Es kommt zunächst gar nicht darauf an, mit welchem Gelde die neu erworbenen Sachen angeschafft wurden, sondern nur darauf, ob sie für die Erb-

[ee] cf. L. 31 §. 3. L. 36 §. 5. L. 37. 38. 39 D. h. t. L. 6 §. 1 D. si pars hered. 5. 4. L. 46 D. de usur. 22. 1. [ff] L. 31 §. 2 D. h. t. [gg] L. 31 §. 1 D. h. t. [hh] L. 4 C. h. t. 3. 31. cf. L. 5 pr. L. 50 §. 1 D. h. t. 5. 3. L. 14 §. 11. L. 32 pr. D. de relig. 11. 7. [ii] L. 17. 31 pr. D. h. t. L. 5. 12 §. 1 C. h. t. cf. L. 3...5. L. 19 §. 1. L. 65 §. 9 D. de condict. ind. 12. 6.

ſchaft und in ihrem Intereſſe oder für das übrige Vermögen des Erbſchaftsbeſitzers und in ſeinem eigenen anderweitigen Intereſſe angekauft wurden: im erſten Fall müſſen ſie dem ſiegenden Erbſchaftskläger auf ſein Verlangen herausgegeben werden, mögen ſie gleich mit dem eigenen Gelde des Erbſchaftsbeſitzers erworben ſein, natürlich jedoch gegen Erſatz des Kaufpreiſes (Anm. 10); im zweiten Falle behält ſie der Erbſchaftsbeſitzer für ſich, mag er ſie gleich mit Erbſchaftsgeldern gekauft haben, natürlich aber gegen Herausgabe der aufgewendeten Geldſumme. L. 20 pr. §. 1 cit. Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, utputa mancipia pecoraque et sic qua alia quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria? videndum erit. Et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur: pretium scilicet restituturo herede. (§. 1). Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique .... si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit et ab eo petatur hereditas, ita venire hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi: at si sui causa emit, pretium venire. Wächter, Erörter. I S. 8. Arndts im R. L. V S. 222.

[4] Die Kenntniß der möglichen Erbberechtigung des Gegners macht an ſich den Erbſchaftsbeſitzer noch nicht zu einem malae fidei possessor, ſo lange es noch ungewiß iſt, ob jener Näherberufene von ſeinem ſtärkeren Erbrecht Gebrauch machen werde. Vgl. auch Winiwarter III S. 452. Stubenrauch II S. 822. 823. Daher iſt auch der Erbprätendent, der im Fall, daß ſich die näherberechtigten Erben nicht rechtzeitig erbserklären, in den Nachlaß gerichtlich eingeſetzt wurde (§. 120. 128. 130 Geſ. v. 9. Aug. 1854), immerhin als redlicher Erbſchaftsbeſitzer zu behandeln. Vgl. Hfdkrt v. 8. Juli 1835. Weſſely, Handb. III Nr. 420. Würde ſich aber ein ſolcher Erbſchaftsbeſitzer, um die bevorſtehende Erbſchaftsklage zu vereiteln, des Nachlaſſes im Ganzen oder Einzelnen entäußern, ſo könnte er, da er dolo malo desiit possidere, doch mit der Erbſchaftsklage ſo belangt werden, als beſäße er noch die veräußerten Gegenſtände. L. 13. §. 14. L. 25 §. 8 D. h. t. L. 131 D. de R. J. Dem ſteht auch §. 378 nicht im Wege, da man aus dieſem § nicht etwa mittelſt eines unpaſſenden arg. a contrario folgern darf, daß die Veräußerung vor zugeſtellter Klage den redlichen Beſitzer in keinem Fall verantwortlich mache. Vgl. auch A. G. O. §. 214 lit. b. Wächter, Erörter. III S. 129 Note 88. — Über das Weſen und den Beweis der bonae fidei possessio vgl. Unger in der öſterr. Vierteljahrsſchr. Bd. 1 Nr. 4.

[5] L. 25 §. 11 D. h. t. Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt .... L. 28 eod. ..... omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est. L. 22. i. f. eod. Nam et in oratione Divi Hadriani ita est: *Dispicite patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum....* L. 23 pr. eod. Utrum autem omne pretium restituere debebit bonae fidei possessor, an vero ita demum si factus sit locupletior, videndum: finge pretium

acceptum vel perdidisse vel consumpsisse vel donasse .... Et puto .... ut ita demum computet si factus sit locupletior. L. 20 §. 6. L. 25 §. 18. L. 16 §. 1. 5. L. 18 pr. eod. cf. L. 13 §. 6 eod. Auch im westgal. Gesetzb. II §. 639 hieß es noch in Ansehung der Restitutionspflicht des vermeintlichen Erben gegenüber dem zurückgekehrten Todterklärten (System I §. 27 Note 36), daß er den Nachlaß abzutreten „oder den noch bei ihm befindlichen Werth davon zu entrichten habe." Mit Recht (arg. §. 824 a. E.) wird von den meisten österr. Schriftstellern diese Verpflichtung des redlichen Erbschaftsbesitzers zur Restitution des für veräußerte Erbschaftssachen gelösten noch vorhandenen Kaufpreises anerkannt. Zeiller II S. 874. Nippel V S. 251. 252. Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 230 fg. Winiwarter III S. 451. Stubenrauch II S. 819. 820. Ellinger zu §. 824 (jedoch mit einem unrichtigen Zusatz über die Restitutionspflicht des m. f. poss.). Unrichtig Füger, Erbr. I S. 105 fg.

[6] Anders und richtiger nach R. R., wonach der redliche Erbschaftsbesitzer auch die noch vorhandenen Früchte und die durch Consumtion der Früchte erlangte Bereicherung herausgeben muß. L. 40 §. 1. L. 13 §. 7. L. 25 §. 20. L. 26...29 D. h. t. L. 1 §. 1 C. h. t. Ist denn irgend ein triftiger Grund vorhanden, dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer auf Kosten des wahren Erben einen Theil des Erbschaftsgewinnes zu belassen? Über diese unhaltbare Bestimmung des §. 824 (westgal. Gesetzb. II §. 638), zu welcher vielleicht der mißlungene §. 2 I. de off. jud. 4. 17 (Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione) die Veranlassung gegeben haben mag, vgl. System II §. 128 Note 34. — Über den Fall der verzinslichen Anlegung von Erbschaftsgeldern: L. 30 D. h. t. Ihering, Abhandl. aus dem röm. Recht S. 61.

[7] Nach österr. Recht muß, abweichend vom R. R. (L. 31 §. 4 D. h. t.), der unredliche Erbschaftsbesitzer, falls er in den Nachlaß gerichtlich eingesetzt wurde, selbst für den Untergang von Erbschaftsforderungen durch Verjährung oder Verarmung des Schuldners haften, da er durch die Einantwortungsurkunde zur Einziehung derselben legitimirt ist. Vgl. §. 40.

[8] Über die Unhaltbarkeit und Härte dieser Bestimmung vgl. System II §. 128 Note 22. Nach. R. R. haftet der unredliche Erbschaftsbesitzer erst von der Ladung an für den Zufall. L. 40 pr. D. h. t. Doch ist dies nicht unbestritten, indem von manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern (so selbst von Arndts im R. L. V. S. 224, der jedoch in seinen Beitr. I S. 63 noch a. M. war) behauptet wird, daß diese Haftung für den Zufall schon von der Zeit der malae fidei possessio an bestehe. Allein sicher mit Unrecht. Zunächst spricht L. 20 §. 21 D. h. t. nicht dafür, wie Arndts Note 100 meint, da diese Stelle nur von dem Untergang überhaupt, nicht gerade von dem zufälligen Untergang der veräußerten Sache bei dem Käufer zu verstehen ist (cf. L. 21 eod.). Die entscheidende Stelle ist L. 36 §. 3 D. h. t.: diese erklärt aber nur, daß derjenige qui dolo desiit possidere sich gegen die Verpflichtung, den wahren Werth oder den wirklich empfangenen höheren Preis der veräußerten Sache zu restituiren, durch die Berufung auf ihren zufälligen Untergang bei dem Käufer nicht schützen könne, indem die durch den Dolus einmal begründete

Haftungsverbindlichkeit durch ſpätere zufällige Ereigniſſe nicht wieder aufgehoben werde (etsi res interierit), was allgemeinen Grundſätzen völlig entſprechend iſt (cf. L. 7. §. 2. L. 8 pr. L. 16 D. de cond. furt. 13. 1. L. 46 D. de furt. 47. 2. L. 30 pr. D. de A. E. V. 19 1.L. 1 §. 34 D. de vi 43. 16). Ja aus der Art und Weiſe der Argumentation in der L. 36 §. 3 cit. geht deutlich hervor, daß der malae fidei possessor für den zufälligen Untergang, der die Sache bei ihm ſelbſt trifft, nicht haftet, indem er dort geltend macht, er ſei als einer qui dolo possidere desiit ſo zu betrachten ac si possideret, beſäße er aber noch, ſo wäre er liberirt, da res eo modo interiit, quo esset interitura, etsi eadem causa possessionis mansisset: dieſe chicanöſe Auslegung der verba senatusconsulti (L. 20 §. 6 D. h. t.), wodurch der praedo beſſer daran wäre als der bonae fidei possessor, ſoll eben nicht geduldet werden (cf. L. 33 §. 1 D. h. t.). — Da der Beklagte in der Regel für den Zufall haftet, ſo iſt es ſeine Sache zu beweiſen, daß er ausnahmsweiſe für den Caſus nicht hafte, indem dieſer den Nachlaß auch bei dem Erben getroffen hätte. §. 338. Über eine weitere Frage der Beweislaſt vgl. Windſcheid, Pandekt. 1 §. 124 Note 9.

[9] Es wird dies zwar öfters geläugnet (z. B. von Glück Bd. 7 S. 570 und Arndts im R. L. V. S. 224), aber doch wohl mit Unrecht: die Verpflichtung des redlichen Beſitzers zur Bezahlung von Zinſen von den Erbſchaftsgeldern vom Zeitpunkt der Ladung an (Note v) wird ja gerade darauf zurückgeführt, daß derſelbe nunmehr wie ein malae fidei possessor zu behandeln ſei. L. 20 §. 11. 6 D. h. t. (vgl. jedoch §. 12 i. f. eod.). Über L. 20 §. 14 D. h. t. und L. 62 D. de R. V. 6. 1 vgl. Savigny, Syſtem Bd. 6 S. 151 fg. — Der unredliche Erbſchaftsbeſitzer muß auch die erhobenen Zinſen der angelegten Erbſchaftsgelder nebſt der Capitalsſumme oder der Capitalsforderung, je nach Wahl des Klägers, herausgeben. Arndts Note 102; zum Theil a. M. Ihering, Abhandl. S. 61. 69 und Brinz S. 697.

[10] Dieſe Gleichſtellung des Erbſchaftsbeſitzers mit dem Sachbeſitzer in Anſehung der Vergütung des Aufwands (§. 824; weſtgal. Geſetzb. II §. 638) läßt ſich gewiß nicht rechtfertigen (vgl. auch Wächter, Entw. S. 53. 54): ſie führt unbilligerweiſe dahin, daß der redliche Beſitzer dennoch aus dem Beſitz und der Verwaltung der fremden Erbſchaft Schaden zieht, indem ihm die erfolglos aufgewendeten Koſten gar nicht (§. 331) und die impensae voluptuariae nur in beſchränktem Umfang (§. 332) erſetzt werden. Anders und beſſer nach R. R. (L. 37. 38. 39 cit.), indem dem redlichen Erbſchaftsbeſitzer die nothwendigen und nützlichen Koſten unbedingt vergütet werden. L. 38 cit. ... bonae fidei possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet, in quam fecit; sicut tutor vel curator consequuntur. (Daß, wie man öfters behauptet, z. B. Glück Bd. 7 S. 572. Arndts im R. L. V. S. 332. Keller, Pandekt. §. 546 lit. f, der unredliche Erbſchaftsbeſitzer nach R. R. für den nothwendigen Aufwand ſchlechthin Erſatz fordern dürfe, iſt doch wohl nicht richtig: L. 33. 39 pr. cit. ſprechen ohne Unterſcheidung von nothwendigen und nützlichen Auslagen. Vgl. auch L. 6 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.) Ungenau iſt es daher, wenn Stubenrauch II S. 822 Note ** von „nahezu ähnlichen Grundſätzen“ des R. R. in dieſer Beziehung ſpricht: beide Rechte gehen weit genug auseinander. Unter den Geſichtspunkt des Aufwands auf

die Erbschaft fällt auch die Anschaffung von Sachen für die Erbschaft mit eigenem Gelde (Anm. 3), daher dieselben Regeln (§. 824) in Ansehung der Erstattung des Kaufpreises in Anwendung kommen. Zur Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz des Aufwands steht dem Besitzer jedenfalls ein Klagrecht zu (cf. L. 6. §. 3 cit. 3. 5), nicht auch, wie nach R. R. (L. 33 i. f. D. de cond. ind. 12. 6), ein Retentionsrecht (§. 334. 471. System II §. 125 Note 8 a. 17), wohl aber bei geeigneter Sachlage ein Abzugsrecht.

[11] Dernburg, die Compensation S. 352 fg. Der Abzug (die Deductio) ist von der Compensation wohl zu unterscheiden: dort zieht man von dem zu restituirenden fremden Vermögen den Betrag der eigenen Forderung ab, hier wird die fremde Forderung mit der eigenen Gegenforderung aufgewogen: jenes ist Selbstzahlung. Befriedigung der eigenen Forderung, dieses Bezahlung des Gegners, Tilgung der eigenen Schuld. Vgl. auch Fuhr im Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 1 Hft 2 S. 146 fg.

[12] Arndts im R. L. V S. 230 fg. Vangerow II §. 508 Anm. Nr. IV. Der redliche Erbschaftsbesitzer wird auch die bezahlten Nachlaßgebühren in Abzug bringen können und die ihm etwa (als entfernterem Verwandten des Erblassers) auf das Mehr gegen den Fiscus zustehende Rückforderungsklage (condictio indebiti) dem Erben abtreten müssen (cf. L. 17. 31 pr. D. h t.); der unredliche Erbschaftsbesitzer dagegen kann dies nicht, wenn und soweit er einen höheren Steuerbetrag gezahlt hat, als der Erbe zu entrichten hat, da ihm selbst eine condictio indebiti gar nicht zusteht (§. 1431 fg. L. 1 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6). — In Folge der Verurtheilung des beklagten Erbschaftsbesitzers wird in einem auf das rechtskräftige Urtheil folgenden Liquidationsverfahren (System II §. 131 Note 18) Rechnung gelegt und überhaupt der Umfang des zu Restituirenden bestimmt werden müssen.

4. Einfluß auf die Einzelklagen und auf andere Personen[1].

§. 53.

Der Erbe könnte, statt sein Erbrecht im Ganzen geltend zu machen und mit der Erbschaftsklage als Gesammtklage die Herausgabe des ganzen Nachlasses auf Einmal zu fordern, mittelst der erbschaftlichen Einzelklagen[a] die in dem Nachlaß enthaltenen Gegenstände auch einzeln und nacheinander von dem Erbschaftsbesitzer abholen[2] und diesem auf solche Art unter äußerlicher Belassung in seiner Stellung als Nachfolger gleichsam den Boden unter den Füßen allmälig hinwegziehen und ihm hiemit die Geltendmachung seiner erbschaftlichen Gegenansprüche erschweren oder gar vereiteln. Einen solchen ränkevollen Vorgang braucht sich der Erbschaftsbesitzer

[a] L. 37 D. de A. vel O. H. 29. 2. L. 59 D. de R. J.

nicht gefallen zu lassen. Er kann verlangen, daß ihm die Erbschaft nicht stückweise abgefordert werde, wodurch er in eine lästige Menge von Einzelprozessen verwickelt würde[b], und daß die wichtige Frage der Erbberechtigung nicht bloß nebenher als Legitimationspunkt zur Erörterung gebracht werde, sondern daß das Successionsrecht selbst zum Hauptgegenstande des Rechtsstreits gemacht und ihm hiemit zugleich die Gelegenheit geboten werde, für den Fall seines Unterliegens seine erbschaftlichen Gegenansprüche sofort oder hinterher zur Anerkennung und Geltung zu bringen. Der Erbschaftsbesitzer[3] kann sich zu diesem Ende einer Einrede bedienen, mittelst welcher er verlangt, daß der Erbprätendent von der erhobenen Einzelklage ablasse und die Erbschaftsklage anstelle[4].

Die Anhängigkeit des Erbstreites hindert weder die Erbschaftsgläubiger noch die Legatare, vorausgesetzt daß nicht etwa auch die Vermächtnißanordnung selbst bestritten ist, ihre Ansprüche geltend zu machen, und zwar während des im Zug der Verlassenschaftsabhandlung stattfindenden Erbrechtsstreits gegen die Erbschaft selbst (arg. §. 811) resp. gegen deren Verwalter und Vertreter (§. 810)[c], während des Erbschaftsstreites aber nach freier Wahl sowohl gegen den Erbschaftskläger als gegen den Erbschaftsbesitzer, welche sich nach Ausgang des Prozesses in dieser Beziehung[d] auseinandersetzen mögen[5]. Ebenso können Besitzer von Erbschaftssachen und Erbschaftsschuldner bei bevorstehendem oder schwebendem Erbstreit belangt werden[e]; vor erfolgter Einantwortung des Nachlasses kann jedoch nur im Namen der Erbschaft geklagt und an dieselbe gezahlt werden (vgl. oben §. 39. 40); nach erfolgter Einantwortung aber wird der Erbschaftsschuldner zu seiner Sicherheit, um nicht etwa wegen desselben Anspruchs doppelt leisten zu müssen, nur gegen Cautionsbestellung zahlen oder den geschuldeten Gegenstand zu Gericht deponiren (§. 1425)[f], und auch der Sachbesitzer mag sich, wenn er die von beiden Erbprätendenten zugleich geforderte Sache nicht aus einem singulären Rechtsgrunde für sich selbst in Anspruch

[b] L. 13 §. 4 D. h. t. 5. 3. cf. Gaj. IV 133. [c] Vgl. §. 127. 129. 145 Ges. v. 9. Aug. 1854. Oben §. 39. 40. Samml. Nr. 319. [d] cf. L. 43. 49 D. neg. gest. 3. 5. L. 31 pr. §. 1 D. h. t. 5. 3. [e] L. 49 D. h. t. 5. 3. cf. L. 27 §. 2 D. de leg. III. [f] L. 1 §. 37 D. depos. 16. 3.

nimmt, durch gerichtliche Hinterlegung derselben von aller weiteren Prozeßführung und Verantwortlichkeit befreien (arg. §. 348[g])[6].

Der subjektive Umfang der Rechtskraft des in einem Erbstreit ergangenen Urtheils erstreckt sich allgemeinen Grundsätzen zufolge (§. 12)[h] nur auf die streitenden Parteien[i]. Insbesondere wird durch das in einem Erbstreit zwischen dem gesetzlichen und dem gewillkürten Erben ergangene Urtheil, welches das Testament für nichtig erklärt (§. 1487), dem Recht der Legatare nicht präjudicirt, welche nach ihrer Wahl sowohl von dem Sieger wie von dem Besiegten[k] die Entrichtung ihres Vermächtnisses fordern können[7]. Um einem wiederholten Rechtsstreit über dieselbe Frage zu entgehen, wird daher der gesetzliche Erbe, welcher die Ungültigkeit des ganzen Testamentes behauptet, zugleich gegen die darin bedachten Erben und Legatare auf Nichtigerklärung der ganzen letztwilligen Anordnung (§. 1487) klagen, und ebenso andererseits der streitführende Testamentserbe die Legatare zur Theilnahme am Erbstreit auffordern. Demselben Prinzip (§. 12) zufolge können sich die Erbschaftsgläubiger nach ihrer Wahl nicht nur an den Sieger im Erbstreit[1] sondern auch an den Besiegten, der hierauf seinen Regreß am Sieger nehmen mag[m], halten, wenn sie nachzuweisen vermögen, daß er der wahre Erbe ist[8].

Anm. [1] Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen, 1852. Bangerow II §. 508.

[2] Auch auf diesen Fall läßt sich der Schlußsatz des §. 823 beziehen. Noch klarer hieß es im westgal. Gesetzb. II §. 637: „Wer nicht das Erbrecht überhaupt, sondern nur das Eigenthum eines besondern Erbstückes verfolgen will, der muß nicht die Erbschafts- sondern die Eigenthumsklage anbringen."

[3] Diese Einrede steht auch dem Erbschaftskäufer (§. 1278 fg.) aus seiner eigenen Person zu, wenn der Erbprätendent gegen ihn statt der Erbschaftsklage die erbrechtlichen Singularklagen anstellt: ne singulis judiciis vexaretur. L. 13 §. 4 D. h. t. 5. 3. Aber es steht ihm auch im Interesse seines gutgläubigen Auctors gegenüber der Erbschaftsklage selbst eine Einrede zu, womit er verlangen kann, daß sich der Erbprätendent nicht an ihn sondern an seinen Auctor halte, wenn dieser nemlich sonst Regreßansprüchen ausgesetzt sein würde (§. 1283), wodurch ihm schließ-

[g] System II §. 115 Note 19. [h] System II S. 666 fg. 670. [i] cf. L. 11 §. 3. L. 12 D. de jurejur. 12. 2. System II §. 182 Note 99a. [k] Samml. Nr. 130. [l] L. 50 §. 1 i. f. D. de leg. I. cf. L. 15 §. 2 D. de inoff. test. 5. 2. [m] cf. L. 12 §. 1 C. h. t. 3. 31.

lich aus der bona fide übernommenen Erbſchaft ein poſitiver Nachtheil zugehen würde. Arndts im R. L. V S. 229 Note 128 a. E. Dernburg S. 104. 105. 122. Bangerow II S. 412. Eine ſolche Präjudicialeinrede (quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit) auch dem dritten Erwerber einzelner Erbſchaftsſtücke zu gewähren, wird nach öſterr. Recht in der Regel deshalb keine Veranlaſſung vorhanden ſein, weil in den meiſten Fällen die erbſchaftliche Einzelklage ſelbſt gegen den Dritten unzuläſſig ſein wird (§. 824 a. E.); wenn letzteres aber ausnahmsweiſe doch nicht der Fall ſein ſollte, alſo wenn der Dritte von einem gutgläubigen jedoch nicht gerichtlich eingeſetzten Erbſchaftsbeſitzer Nachlaßſachen erworben hat (oben § 50 Anm. 7 a. E.), ſo iſt auch ihm der Eigenthumsklage des Erben gegenüber im Intereſſe ſeines regreßpflichtigen Auctors, der ſonſt mittelbar mehr zu leiſten genöthigt würde, als wozu er im Erbrechtsſtreit verurtheilt werden könnte, jene Präjudicialeinrede zu gewähren, wie nach gem. Recht. L. 25 §. 17 D. h. t. 5. 3. Bangerow S. 411. Arndts im R. L. V S. 229. Dernburg S. 85 fg. 94 fg. Hat ein Erbſchaftsſchuldner an den putativen gerichtlich eingeſetzten Erben gezahlt, ſo iſt er ohne weiteres liberirt (arg. §. 824 a. E.); war aber der putative Erbe ein anderer als der gerichtlich Eingeſetzte, ſo muß der Erbſchaftsſchuldner nochmals an den wahren Erben zahlen und mag ſich dann mit der condictio indebiti an dem zuerſt bezahlten putativen Erben erholen, der ja auch dieſer Klage wie der Erbſchaftsklage gegenüber nur im Umfang der noch vorhandenen Bereicherung haftet. Dernburg S. 92 fg. Bangerow S. 412.

[4] Hat der Erbprätendent bereits die Erbſchaftsklage angeſtellt, ſo ſteht der Erhebung der erbſchaftlichen Einzelklagen während der Dauer des Erbſchaftsſtreites die Einrede der Litispendenz entgegen (L. 13 D. de except. 44. 1), da in der Erbſchaftsklage als Univerſalklage zugleich alle erbſchaftlichen Einzelanſprüche enthalten und geltend gemacht ſind. L. 18 §. 2. L. 20 §. 4 D. h. t. Vgl. insbeſ. Dernburg S. 54 fg. 59 fg. 121. Bangerow II S. 409. 410. (Mit Unrecht will Fiſcher, Handb. der dilatoriſchen Einwendungen §. 85 Nr. 6, gleich manchen älteren und neueren gemeinrechtlichen Schriftſtellern, in dieſem Fall eine dilatoriſche Präjudicialeinrede geben; vgl. dagegen auch Dernburg S. 55 Note 12. Bangerow II S. 409.) Dieſelbe Einrede ſteht dem beklagten Erbſchaftsbeſitzer entgegen, wenn er während der Dauer des Erbſchaftsſtreites gegen den Erbſchaftskläger ſeinerſeits die Erbſchaftsklage anſtellt; arg. L. 15 D. de exc. rei judic. 44. 2. Nach beendetem Erbrechtsſtreit ſteht der Erhebung der erbſchaftlichen Einzelanſprüche von Seiten des unterlegenen Erbſchaftsklägers und ebenſo der Anſtellung der Erbſchaftsklage nach abgewieſener erbſchaftlicher Singularklage die exceptio rei judicatae entgegen. L. 3. 7 §. 4. 5 D. de exc. rei judic. 44. 2. L. 27 §. 8 D. de pact. 2. 14. Syſtem II §. 132 Note 70 a. 87. 95. Über den Einfluß der causa expressa auf die res judicata: L. 47 D. h. t. L. 3 C. h. t. Syſtem II S. 660 fg.

[5] L. 12 pr. §. 1 C. h. t. 3. 31. cf. L. 4 §. 1 D. si cui plus 35. 3. Arndts im R. L. V S. 235 fg. Dernburg S. 105 fg. 122. 123. Bangerow II S. 414 fg. Keller, Pandekt. §. 547. Daß ſich nach öſterr. Recht, abweichend vom R. R., der Legatar bei Unbeſtrittenheit des Codicills ſowohl an den Teſtaments- als an den Inteſtaterben halten und daher ohne Cautionsleiſtung die Auszahlung deſſelben entweder vom Kläger oder Beklagten fordern kann, ergibt ſich daraus, daß nach öſterr.

Recht das Legat nicht von der Erbeinsetzung abhängt, sondern dem Erben überhaupt (quisquis mihi heres erit) aufgetragen ist. cf. L. 4 §. 1 cit. Es versteht sich übrigens von selbst, daß restitutorische Schuldklagen nur gegen den Besitzer der zu restituirenden Spezies anzustellen sind. L. 12 §. 1 cit.

[6] Vgl. Arndts S. 237. 238. Dernburg S. 115 fg. 123. Vangerow S. 413. 414. Auch der Erbschaftsbesitzer kann sich, wenn er von zwei Erbprätendenten zugleich auf Herausgabe der Erbschaft belangt wird (etwa als Intestaterbe von zwei Testamentserben gleichen Namens, oder als entfernterer Intestaterbe von einem näheren Intestaterben, der sich früher nicht gemeldet hatte, und von dem in einem später aufgefundenen Testament eingesetzten Erben) und die Erbschaft für sich selbst nicht behaupten zu können einsieht oder glaubt, durch gerichtliche Hinterlegung der Erbschaft aus dem Streit ziehen (arg. §. 348). Thut er dies nicht, so hat er jenem der beiden Kläger, welcher zuerst ein günstiges Urtheil erwirkt hat, zwar die Erbschaft herauszugeben, aber dieser muß nunmehr an seiner Stelle den Erbschaftsprozeß mit dem andern Kläger zu Ende führen. L. 57 D. de H. P. 5. 3. cf. L. 57 D. de R. V. 6. 1. Doch mag sich in einem solchen Fall unter Umständen auch der nächstberechtigte Erbprätendent (etwa der Testamentserbe) mit dem Erbschaftsbesitzer von vornherein verbinden, um den entfernter berechtigten Erbschaftskläger (etwa den näheren Intestaterben) zu besiegen und dann selbst von dem Erbschaftsbesitzer den Nachlaß in Empfang nehmen.

[7] Dies erklärt sich theils daraus, daß nach österr. Recht quisquis heres erit die Legate zu entrichten hat, so daß sich die Legatare in dieser Beziehung regelmäßig in derselben Lage wie die Erbschaftsgläubiger befinden, es müßte ihnen denn eine Sache des Testamentserben selbst vermacht sein, in welchem Fall sie sich nur an diesen, er mag übrigens Sieger oder Besiegter sein, halten können (§. 662); theils daraus, daß nach österr. Prozeßrecht Legatare das Recht resp. die Pflicht der accessorischen Intervention an dem Erbstreit nicht haben. System II §. 132 Note 105 a. Anders verhält es sich in beiden Beziehungen nach R. R. (L. 14 pr. D. de appell. 49. 1. L. 5 §. 1...4 eod.), daher nach R. R. das zwischen dem Intestat- und Testamentserben gefällte, dem letzteren ungünstige Urtheil auch den (vindicirenden) Legataren und den im Testament freigelassenen Sclaven entgegensteht (L. 3 pr. D. de pign. 20. 1. L. 50 §. 1 D. de leg. I. L. 8 §. 16 D. de inoff. test. 5. 2), es müßte denn das Urtheil gegen einen ungehorsamen oder colludirenden Testamentserben ergangen sein. L. 14 pr. §. 1 cit. 49. 1. L. 50 §. 1 D. de leg. I. L. 17 §. 1 D. de inoff. test. 5. 2. Keller, Litiscontest. §. 46. Savigny, System Bd. 6 S. 474 fg. Vangerow, Pandekt. I (neueste Aufl. 1863) S. 286.

[8] Savigny VI S. 475. Windscheid, Pandekt. I §. 132; a. A. Keller a. a. O. S. 391 lit. a. und Note 14. Diese Beschränkung der Rechtskraft eines Erbrechtsurtheils in subjektiver Beziehung wird mit gänzlicher Ignorirung des §. 12 a. b. G. B. übersehen von Schiestl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1846 II S. 224 fg. und von Stubenrauch II S. 824, dessen weitere Ausführungen über den Haftungsumfang des siegenden Erbschaftsklägers mir gleichfalls verfehlt erscheinen: der siegende Erbschaftskläger haftet den Erbschaftsgläubigern und Legataren nicht deshalb, weil er jetzt den Nachlaß besitzt, sondern weil sein Erbrecht vom Gericht anerkannt ist (cf.

L. 50 §. 1 cit. D. 30), mithin als Erbe und daher unbeſchränkt oder beſchränkt, je nachdem er den Nachlaß ohne oder unter Errichtung eines amtlichen Inventars übernommen hat. Vgl. oben §. 42 Anm. 4.

9 Über den Einfluß eines zwiſchen Teſtaments- und geſetzlichen Erben geſchloſſenen Vergleichs auf die Erbſchaftsgläubiger vgl. L. 14 D. de transact. 2. 15 und zu dieſer vielbeſprochenen Stelle Riſch, Vergleich S. 199 fg. Unrichtig nach Stellung und Inhalt das ſächſ. Geſetzb. §. 2325.

Zweites Capitel.

Die Einzelnachfolge.

A. Die Vermächtnißfolge.

I. Das Vermächtniß im allgemeinen.

1. Begriff des Vermächtniſſes [1].

§. 54.

Das Vermächtniß (Legat) iſt eine letztwillige Verfügung (Verſchaffung), wodurch der Erblaſſer einer dritten Perſon, dem Vermächtnißnehmer (Legatar), einen Vermögensvortheil [a] aus ſeinem Nachlaß zuwendet (§. 535). Das Vermächtniß beſteht in der letztwilligen Anordnung einer Singularſucceſſion durch Gewährung einer Gabe zu Gunſten Dritter aus der Erbſchaft und auf Koſten derſelben [2]. Als Vermächtniß iſt daher nicht bloß die letztwillige Zuwendung einzelner Sachen oder Rechte oder mehrerer Sachen einer beſtimmten Gattung oder einer Summe, ſondern auch die Zuwendung aller beweglichen oder aller unbeweglichen Sachen des Erblaſſers [b] ſowie des Nießbrauchs am ganzen Nachlaß oder einem Bruchtheil deſſelben [3], ja unter Umſtänden ſelbſt die Zuwendung eines aliquoten Theiles der Erbſchaft [4] anzuſehen. Auch das durch eine ſolche letztwillige Verfügung (Vermächtnißanordnung) Zugewendete, das Vermachte, pflegt man Vermächtniß zu nennen (§. 535).

[a] cf. L. 32 D. mand. 17. 1. [b] Syſtem I §. 48 Note 53.

Anm. [1] Über die Lehre von den Legaten vgl. Westphal, Darstellung der Rechte von Legaten und Fideicommissen. 2 Bde. 1791. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen. 2 Bde. 1835. Arndts im R. L. Bd. VI S. 279...344. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. Abth. 1. 1854. Fein, die Lehre von den Codicillen. 2 Bde. 1851 (Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 44. 45).

[2] L. 116 pr. D. de leg. I. Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. L. 36 D. de legat. II. Legatum est donatio testamento relicta. §. 1 I. de leg. 2. 20. Den Gegenstand des Vermächtnisses bildet unmittelbar oder mittelbar (§. 658. 662) doch immer nur das eigene Vermögen des Erblassers (§. 690 fg.). Fein Bd. 44 S. 5. Brinz §. 207.

[3] Daß auch in diesem Falle nicht eine Erbeinsetzung, sondern nur eine Vermächtnißanordnung vorhanden sei, ist mit Recht die herrschende Ansicht. Winiwarter III S. 8. Stubenrauch II S. 250 Nr. 4. Füger, Erbr. I S. 2 Note **. Swoboda, in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 8 Nr. 4. A. M. Nippel IV S. 7. 8. 12. Vgl. oben §. 35 Anm. 11.

[4] Wie nach heutigem gem. Recht so gibt es in ähnlicher Weise auch nach heutigem österr. Recht ein sog. legatum partitionis (oben §. 20 Anm. 6). Wenn der Erblasser anordnet, daß sein Erbe einem Dritten einen aliquoten Theil des reinen Nachlasses hinausgebe, so ist hiemit deutlich genug ausgesprochen, daß der Dritte nicht als Theilerbe in die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers eintreten, sondern daß er nur einen Theil des Nachlasses aus der Hand des Erben und durch dessen Vermittlung erhalten solle. Die rechtliche Möglichkeit eines solchen Legats ist anerkannt in §. 774, wonach der Pflichttheil, also ein aliquoter Theil der Erbschaft (§. 764 fg.), auch „in Gestalt eines Vermächtnisses" hinterlassen werden kann, was von der Einrechnung eines ausgesetzten Legats in den Pflichttheil (§. 787) wohl zu unterscheiden ist.

2. Personen des Vermächtnisses.

§. 55.

Die Personen, welche bei einem Vermächtniß in Betracht kommen, sind der Erblasser, welcher das Vermächtniß gibt (Vermächtnißgeber), der Belastete, welcher das Vermächtniß entrichten soll (Vermächtnißträger) und der Bedachte, dem dasselbe zugewendet ist (Vermächtnißnehmer).

1. Ein Vermächtniß errichten kann jeder, der testirfähig ist (§. 647)[1].

2. Belastet werden mit einem Vermächtniß kann jeder, der bei dem Tode des Erblassers einen Vermögensvortheil unmittelbar oder mittelbar durch dessen Gunst erhält oder behält[2]. Demnach kann ein Vermächtniß vor allem dem Erben (§. 649), sowohl dem

geſetzlichen[a] als dem gewillkürten[3], ſowie dem Erben des Erben[b] und demjenigen, dem der Nachlaß als erblos zufällt (§. 760), wie dem Fiscus[c], auferlegt werden; ferner dem Vermächtnißnehmer (§. 649)[d] und deſſen Erben[e], dem auf den Todesfall Beſchenkten[f], vorausgeſetzt, daß die Schenkung nicht unwiderruflich iſt (§. 956)[g], endlich demjenigen, der conditionis implendae causa etwas erhält[h]. Dagegen kann mit einem Vermächtniß nicht beſchwert werden, wer dem Erblaſſer nichts zu verdanken hat, ſomit wer nur dasjenige erhält, was ihm der Erblaſſer hinterlaſſen muß (§. 774)[i], oder was ihm ohnehin gebührt[k], oder was ihm doch keine Vermögensvermehrung verſchafft[l]. In der Regel iſt eine Belaſtung mit Vermächtniſſen nur inſoweit zuläſſig, als der dem Beſchwerten ſelbſt zufallende Vermögensvortheil reicht[4]. Ein Legatar jedoch, der das ihm zugedachte Legat angenommen hat, muß das darauf gelegte Vermächtniß vollſtändig entrichten, ſollte dieſes auch den Werth des ihm Zugedachten überſteigen (§. 650)[5].

Es hängt von der Anordnung des Erblaſſers ab, wer im einzelnen Fall das Vermächtniß tragen ſolle (§. 649)[m] und ob die mehreren gemeinſam Belaſteten mit dem Legat zu beſtimmten Antheilen oder zu ungetheilter Hand[n] beſchwert ſein ſollen. Hat ſich der Erblaſſer hierüber nicht erklärt, ſo fallen die Vermächtniſſe, ſelbſt wenn die einem Miterben gehörige Sache vermacht iſt[o], allen Erben[p] nach Verhältniß ihrer Erbtheile[q] zur Laſt (§. 649. vgl. jedoch §. 820. 821), es müßte denn die Untheilbarkeit des vermachten Gegenſtandes die Ungetheiltheit der Haftung bewirken (§. 890)[r]. Eine ſolche Belaſtung nach Erbportionen, nicht nach

[a] L. 3 pr. §. 1. L. 8 §. 1 D. de codic. 29. 7. L. 92 §. 2 D. de leg. I. L. 1 §. 7. 8 D. de leg. III. [b] L. 5 §. 1. L. 6 pr. D. de leg. III. L. 15 D. de liber. leg. 34. 3. [c] L. 114 §. 2 D. de leg. I. [d] L. 78. 96 §. 2 D. de leg. I. pr. I. de sing. reb. 2. 24. [e] L. 5 §. 1 cit. [f] L. 77 §. 1 D. de leg. II. L. 3 pr. §. 3 D. de leg. III. L. 11 D. de dote prael. 33. 4. L. 9 C. de fideic. 6. 42. [g] L. 35 §. 4 D. de m. c. d. 39. 6. cf. L. 37 §. 3 D. de leg. III. [h] L. 96 §. 4 D. de leg. I. [i] L. 114 §. 1 D. de leg. I. L. 28 D. de leg. II. [k] L. 3 §. 2. L. 7 §. 2. L. 37 pr. D. de leg. III. [l] L. 3 §. 1. 4 D. de leg. III. L. 94 §. 3 D. de leg. I. Syſtem I §. 61 Note 80. [m] L. 29 §. 1 D. de leg. II. L. 98 D. de leg. III. cf. L. 19 D. de codic. 29. 7. [n] L. 8 §. 1 D. de leg. I. L. 25 pr. D. de leg. III. L. 9 pr. D. de duob. reis 45. 2. [o] L. 86 §. 3 D. de leg. I. [p] L. 44 pr. D. de leg. II. L. 98 D. de leg. III. [q] L. 33 pr. D. de leg. II. L. 15 D. de codic. 29. 7. L. 1 §. 19 D. ut leg. 36. 3. L. un. §. 8 C. de cad. toll. 6. 51. [r] L. 11 §. 23. 24 D. de leg. III. L. 7 D. de servit. leg. 33. 3. L. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2.

Kopftheilen, ist im Zweifel auch dann anzunehmen, wenn mehreren oder allen Erben mit namentlicher Bezeichnung oder allen Erben mit Ausnahme eines oder mehrerer namentlich bezeichneter Erben ein Vermächtniß auferlegt ist[6]. Die einem wegfallenden Erben auferlegten Vermächtnisse gehen, dafern sie nicht zufolge ausdrücklicher Willenserklärung oder besonderer Beschaffenheit der Umstände auf dessen Person eingeschränkt sind[s], auf denjenigen über, der vermöge des Anwachsungsrechtes (§. 563)[t] oder als Substitut (§. 606)[u] oder als gesetzlicher Erbe (§. 563. 726)[7] den erledigten Erbtheil erhält.

3. Bedacht (honorirt) werden mit einem Vermächtniß kann jeder, der zum Erben eingesetzt werden kann (§. 647)[v]. Als Legatar ist aber nur derjenige zu betrachten, dem der Erblasser in der Absicht, ihn zu bedenken, eine Gabe aus der Erbschaft letztwillig zugewendet hat[8]. Ein Vermächtniß kann Mehreren gemeinschaftlich (conjunktiv) oder alternativ (disjunktiv) gegeben werden; im ersten Fall sind die mit demselben Vermächtniß Bedachten im Zweifel Collegatare (§. 689)[w], im letzten Fall Correalgläubiger (§. 892. 893. 895)[x]. Auch dem Erben selbst kann ein Vermächtniß gegeben werden, entweder durch Belastung einer bestimmten Person, insbesondere eines oder mehrerer Miterben[y], oder durch Onerirung der Erbschaft selbst (Vorausvermächtniß, Prälegat §. 648)[9]. In Ermanglung einer anderweitigen Erklärung des Erblassers ist die Erbschaft selbst als belastet zu betrachten und es haben daher alle Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu dem Vorausvermächtniß beizutragen[z]. Der bedachte Erbe erhält jedoch auch den auf seinen eigenen Erbtheil entfallenden Betrag als Vermächtniß, so daß er in dieser Beziehung durchwegs wie ein fremder Legatar zu behandeln ist (§. 648)[10]: das Vorausvermachte ist daher in seinem

[s] L. 74 D. de leg. I. L. un. §. 8. 9 C. de caduc. toll. 6. 51. cf. L. 29 §. 1. 2 D. de leg. II. [t] L. 49 §. 4. L. 61 §. 1 D. de leg. II. L. un. §. 4. 9. 10 C. cit. 6. 51. [u] L. 74 D. cit. L. 61 §. 1 D. cit. L. 4 C. ad Sc. Trebell. 6. 49. L. un. §. 4 C. cit. 6. 51. cf. L. 14 §. 1 D. de codic. 29. 7. [v] §. 24...28 I. de leg. 2. 20. L. 7 D. pro leg. 41. 8. [w] L. un. §. 11 C. de cad. toll. 6. 51. L. 33 L. 114 §. 19 D. de leg. I. L. 20 D. de leg. III. [x] L. 16 D. de leg. II. cf. L. 4 §. 1 C. de V. S. 6. 38. [y] L. 34 §. 3. L. 39 §. 2 D. de leg. III. L. 22 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. cf. L. 17 §. 2 D. de leg. I. L. 4 pr. D. fam. her. 10. 2. [z] L. 25 §. 22. L. 26. 28 D. eod. 10. 2. L. 34 §. 1 D. de leg. II. L. 14 D. de dote prael. 33. 4. cf. L. 44 §. 10 D. de cond. 35. 1. L. 104 §. 3...5 D. de leg. I.

ganzen Umfang aus der Erbmasse vorwegzunehmen und nur der Überrest unter die Erben zu vertheilen[11].

Anm. [1] L. 2 D. de leg. I. Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent. L. 114 pr. eod. L. 1 pr. §. 2 D. de leg. III. L. 6 §. 3 D. de codicill. 29. 5. Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest. L. 8 §. 2 eod.

[2] L. 1 §. 6 D. de leg. III. Sciendum est autem, eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum iis datur vel dum iis non adimitur. L. 6 §. 1 eod . . . nec recipiendum est, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges. L. 9 C. de fideicomm. 6. 42. Ab eo, qui neque legatum neque fideicommissum neque hereditatem vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest. Dieser aus der Natur der Sache sich ergebende Grundsatz gilt unzweifelhaft auch nach österr. Recht, obgleich ihn das bürgerl. Gesetzb. nicht ausdrücklich ausspricht, sondern nur zur stillschweigenden Unterlage und selbstverständlichen Voraussetzung hat (§. 649. 650. Zeiller II S. 583 fg.): immerhin aber ist es zu eng, wenn §. 649 nur von Erben und Legataren als Vermächtnißträgern spricht.

[3] Über die Onerirung eines sog. Vertragserben mit Legataren vgl. oben §. 26 Anm. 15. Fein Bd. 44 S. 197 fg. Hartmann Erbvertr. S. 39 fg. 55 fg.

[4] Placet non plus posse rogari quem restituere quam ei relictum sit. §. 1 I. de sing. reb. 2. 24. L. 114 §. 3. 4. L. 122 §. 2 D. de leg. I. L. 11 §. 5 i. f. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 17. 18 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 1 §. 19 D. ut leg. 36. 3. Westphal I S. 101 fg. Heimbach, die Lehre vom Creditum (1849) S. 177. 178. Brinz §. 215. Diese Regel gilt zunächst in Ansehung des Erben, der nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus mit Vermächtnissen beschwert werden kann (§. 692. 693) und nur durch Unterlassung der Inventarserrichtung über jenen Umfang hinaus vermächtnißpflichtig wird (§. 801. 802. Nov. 1 c. 2): „während die Errichtung des Inventars den Erben von der unbeschränkten Haftung für die Erbschaftsschulden befreit, sichert ihm dieselbe nur die beschränkte Haftung für die Legate, indem sich der Erbe den Vermächtnißnehmern gegenüber nur dann auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses berufen kann, wenn er dieselbe durch ein gehörig errichtetes Inventar belegt." Unger, die Verl. Abh. S. 167 Note 28. Westgal. Gesetzb. II §. 441: „Im Grunde ist zwar kein Erbe mehr zu leisten schuldig, als er selbst aus der Verlassenschaft bezieht: tritt aber jemand eine Erbschaft unbedingt und ohne Vorbehalt an, so macht er sich dadurch verbindlich, den Willen des Erblassers ohne Ausnahme zu erfüllen." Vgl. §. 481. 618 ebda. Die angeführte Regel gilt auch in Ansehung von Nacherben (L. 1 §. 17 D. cit. 36. 1) und von Legataren: §. 650 ist hiemit nur in scheinbarem Widerspruch. Anm. 5. Unrichtig ist die Darstellung von Stubenrauch II S. 449. 450.

[5] Die Anordnung des §. 650, wonach der Legatar, der das ihm zugedachte Vermächtniß annimmt, sich nicht hinterher auf das Mißverhältniß von reliotum und restituendum berufen darf, beruht auf der gesetzlichen Unterstellung, daß in der Annahme des Legats zugleich die stillschweigende Erklärung des Legatars enthalten sei, „daß er den Werth seines Vermächtnisses höher schätze als den Werth der ihm

auferlegten Leiſtung" (Zeiller II S. 585), es mag ihm nun aufgetragen ſein, für die vermachte Sache eine Geldſumme oder für die vermachte Geldſumme eine eigene werthvollere Sache (cf. L. 70 §. 1 D. de leg. II verb. enimvero si pecunia etc.) oder gar eine höhere Geldſumme dem auf ihn gewieſenen Legatar zu entrichten, wozu er ſich freilich nur dann entſchließen wird, wenn er vorausſetzt, legato quantitatis percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consequi aut poenam stipulationis imminentem evadere (L. 70 §. 1 cit.). Hätte daher der Legatar etwa erſt nach Annahme des Legats von dem ihm auferlegten Weitervermächtniß Kenntniß erhalten, ſo kann er ſich immerhin auf jene Regel (Anm. 4) berufen und hinterher noch das angenommene Legat ausſchlagen, oder, falls dies unthunlich wäre, doch nicht genöthigt ſein, plus restituere quam ei relictum est. Vgl. auch Brinz S. 923.

[6] Für das öſterr. Recht ergibt ſich dieſe Entſcheidung aus der analogen Anwendung des §. 839 und aus der Erwägung, daß „es überhaupt das Natürlichſte iſt, den Maßſtab der Honorirung auch für die Onerirung entſcheiden zu laſſen" (Vangerow II S. 484). Vgl. auch zürch. Geſetzb. §. 2087. Im gemeinen Recht iſt dieſe Frage wegen der einander widerſprechenden L. 54 §. 3 D. de leg. I. L. 124 eod. L. 17 D. de duob. reis 45. 2 überaus beſtritten. Roßhirt I S. 238 fg. Puchta, Vorl. zu §. 524. Arndts im R. L. VI S. 284 fg. Pandekt. §. 543 Anm. Vangerow §. 521 Anm. 3. Brinz S. 914 fg. (deſſen Erklärung der L. 17 D. de duob. reis 46. 2. m. E. unbefriedigend iſt). Keller §. 557. Vgl. ſächſ. Geſetzb. §. 2391. 2392.

[7] Dies gilt insbeſondere auch rückſichtlich des entfernteren Inteſtaterben, der an die Stelle des onerirten näheren Inteſtaterben tritt; nach öſterr. Recht iſt nemlich überhaupt als onerirt zu betrachten, quisquis heres erit und quoquo modo heres erit (cf. L. 77 §. 23 D. de leg. II). Die entgegengeſetzte Entſcheidung des röm. R. (L. 1 §. 9 D. de leg. III) iſt auf dem Standpunkt deſſelben doch wohl nicht inconſequent, wie Arndts im R. L. VI S. 287 behauptet. Vgl. Roßhirt I S. 453. 454. Puchta, Vorleſ. II S. 478.

[8] Daher iſt derjenige, dem der Bedachte conditionis implendae causa etwas aus dem Seinigen zu entrichten hat, nicht als Legatar zu betrachten (L. 8 D. si quis omiss. caus. 29. 4. L. 55 D. de condit. 35. 1. L. 40 §. 1. L. 44. 76 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. cf. L. 8 pr. L. 36 pr. D. de m. c. d. 39. 6. Roßhirt I S. 75 fg. 396 fg.), wenngleich er mortis causa capit. Heimbach im R. L. VII S. 232 fg. Über mortis causa capio vgl. Keller, Grundr. §. 339 Nr. II und die tüchtige Abhandl. von Schlagintweit in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 6 Nr. 6. Da derjenige honorirt iſt, cui prospectum voluit cujusque contemplatione fecit testator (L. 11 §. 22 D. de leg. III L. 8 i. f. D. de usufr. ear. rer. 7. 5), ſo iſt einerſeits nicht jeder in der betreffenden Verfügung Genannte, zu deſſen Vortheil dieſelbe gereichen mag, als Legatar zu betrachten (L. 11 §. 22 cit. L. 69 §. 2 D. de leg. I), andererſeits aber Mancher Legatar, deſſen die Verfügung nicht ausdrücklich oder ausſchließlich erwähnt (L. 11 §. 20. 21 D. de leg. III. L. 49 §. 4...7 D. de leg. I. L. 3 §. 4. 5 D. de liber. leg. 34. 3). Puchta, Vorleſ. zu §. 525.

9 Pfeiffer, de praelegatis. 1798. v. d. Pfordten, de praelegatis. 1832. Roßhirt I S. 250 fg. Arndts im R. L. VI S. 288 fg. Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten 1850 (696 SS.). Vangerow II §. 523. Über die ſog. anomalen Prälegate (Note y) vgl. Roßhirt S. 253. 269 und beſonders Buchholtz S. 137 fg. 144 fg.; über die ſog. Wechſellegate (L. 22 pr. D. cit. 35. 2) vgl. Buchholtz S. 166. 167.

10 Der Collegatar erwirbt alſo das prälegirte Objekt nicht zum Theil als Legatar und zum Theil als Erbe, wie nach röm. Recht (L. 18 §. 2 D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 40 pr. D. de leg. III. L. 74 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 6 D. quod leg. 43. 3), ſondern er erlangt daſſelbe durchwegs titulo singulari und iſt in Beziehung auf das ganze Vorausvermächtniß als Legatar zu behandeln. Iſt ihm daher die Reſtitution ſeiner Erbportion aufgetragen, ſo behält er das ganze Prälegat, alſo auch den Theil deſſelben, der auf ſeine eigene Erbportion fällt (dagegen L. 18 §. 3 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 24 C. fam. ercisc. 3. 36. Buchholtz S. 460 fg. 467 fg. Vangerow S. 489. 490); veräußert er die Erbſchaft, ſo bleibt ihm das ganze Vorausvermächtniß (§. 1279); ſchlägt er die Erbſchaft aus, ſo erwirbt er dennoch das ganze Prälegat (L. 17 §. 2. L. 18. L. 87. 91 §. 2 D. de leg. I. L. 12 C. eod. 6 37. Buchholtz S. 542 fg. 554 fg.), es müßte ihm denn unter der Bedingung hinterlaſſen worden ſein, daß er Erbe werde (L. 88 D. de leg. I. L. 92 pr. D. de leg. III. L. 20 pr. D. de instr. leg. 33. 7), und er kann ſelbſt dann das Ganze fordern, wenn er ſich für die Ausſchlagung von dem Subſtituten oder dem nächſten Inteſtaterben abfinden ließ (dagegen L. 4 §. 11 D. de exc. dol. mal. 44. 4. Buchholtz S. 553. 554. Vangerow S. 500); transmittirt der Collegatar das Recht auf das Legat, während das Erbrecht nicht transmittirt wird (§. 809), ſo geht das ganze Prälegat auf ſeine Erben über (dagegen L. 75 §. 1 de leg. II. Buchholtz S. 308 fg. 315 fg.; vgl. jedoch zu dieſer Stelle jetzt Schütze in den Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 3 S. 418 fg.); hat endlich der Prälegatar Collegatare, ſo findet das eigenthümliche Anwachſungsrecht des röm. Rechts (L. 34 §. 11. 12. L. 116 §. 1 D. de leg. I. vgl. darüber beſonders Vangerow im civ. Arch. Bd. 35 Nr. 8 S. 280 fg. Pandekt. II S. 492 fg.) nach öſterr. Recht nicht ſtatt, da das Prälegat nicht zu dem Theil, der auf die Erbportion des Prälegatars fällt, ungültig iſt. Ja dem Univerſalerben ſelbſt kann nach öſterr. Recht ein Prälegat mit Erfolg gegeben werden, für den Fall nemlich, daß die Erbſchaft zur Bezahlung aller Vermächtniſſe nicht hinreicht (§. 692), indem der Collegatar alsdann mit den übrigen Legataren concurrirt (Winiwarter III S. 174. Rippel V S. 284. Stubenrauch III S. 448; anders nach röm. Recht, Buchholtz S. 126 fg. 136 fg.), und ebenſo für den Fall, daß ihm aufgetragen wäre, die Erbſchaft zu reſtituiren, indem er dann noch das Prälegat zurückbehält. Man muß daher nach öſterr. Recht, abweichend vom röm. Recht (L. 18. L. 34 §. 11. L. 116 §. 1 D. de leg. I. L. 34 §. 1 D. de leg. II. L. 18 §. 2 D. de his quae ut indign. 34. 9), ſagen: Heredi a semet ipso utiliter legatur. — Ein mehreren Erben hinterlaſſenes Vorausvermächtniß, ſowohl ein uneigentliches (Note y) als ein eigentliches (§. 648 Note z) gebührt dieſen im Zweifel nach Kopftheilen, nicht nach Verhältniß ihrer Erbtheile. cf. L. 67 §. 1 D. de leg. I (zu dieſer Stelle Vangerow im civ. Arch. Bd. 35. S. 307 fg. Pandekt. II S. 498. 499). L. 1 pr. D. de instr. leg. 33. 7.

11 Das Prälegat erscheint daher nach österr. Recht in der That als ein „Voraus aus und von der Erbschaft" (Brinz S. 909 fg.), so daß das prälegirte Objekt aus der ganzen ungetheilten Erbschaft (e media hereditate) vorweg zu nehmen ist, gleichsam als stünde dem Erblegatar eine Art Separationsrecht zu. Diese Auffassung des Prälegats, welche von der des röm. Rechts abweicht (Buchholtz S. 306 fg.), scheint durch Nachbildung des sog. gesetzlichen Voraus des deutschen Rechts entstanden zu sein und unserer modernen Anschauung zu entsprechen. Sie findet sich denn auch in den meisten neueren Gesetzgebungen. Cod. Maxim. Bavar. III 6 §. 5. Preuß. Landr. I 12 §. 262. 271. 273. 474. I 11 §. 460 (vgl. jedoch Koch II §. 825 Nr. 11). Hess. Entw. Art. 135. 136. Das sächs. Gesetzb. §. 2401 fg. schließt sich jedoch dem röm. Recht an. Schon in Kreittmayers Anmerk. zum baier. Landr. Bd. 3 S. 1150 heißt es: „Allein unser Codex nimmt die Sache natürlicher und statuirt, daß praelegatarius das ganze Prälegat bei der unvertheilten Erbmasse zu erhohlen und an seinem sonstigen Erbtheil keinen besonderen Abzug deswegen zu leiden habe." Über die Realisirbarkeit des Prälegats sowohl mittelst der Erbtheilungsklage als mittelst der Legatsklage vgl. Buchholtz S. 330 fg. und oben §. 44 Anm. 11. — Übrigens kommt es darauf an, ob die Anordnung des Erblassers im einzelnen Fall als Vorausvermächtniß oder nur als Anordnung der Einbeziehung (Einrechnung) einer bestimmten Sache in den Erbtheil gemeint sei: in letzterem Fall (in partem certa praedia reliquit L. 21 §. 5 D. de annuis leg. 33. 1. Samml. Nr. 13) soll der Erbe nichts „voraus" haben, sondern bei Auseinandersetzung der Erbmasse die vom Erblasser zugewiesene Sache auf seinen Theil und in seine Erbportion hinein, nicht über dieselbe hinaus, erhalten, eine Anordnung, welche juristisch durch Annahme gegenseitiger Vermächtnisse realisirt wird. Neuner, die heredis institutio S. 178. 179. Vgl. oben §. 44 Note cc. Im Zweifel ist das einem gesetzlichen oder gewillkürten Erben zugedachte Vermächtniß für ein Vorausvermächtniß, nicht für ein Hineinvermächtniß, zu halten; arg. §. 671. Vgl. jedoch Buchholtz S. 231 Note 9.

3. Form des Vermächtnisses.

§. 56.

Vermächtnisse können in einem Testamente errichtet werden oder in besonderen letztwilligen Verfügungen, welche keine Erbeinsetzung enthalten[a]. Die letzteren heißen Codicille[b] (§. 553)[1], sind in derselben Form zu errichten wie Testamente (§. 647. vgl. §. 578)[2] und können neben einem Testamente (sog. testamentarische Codicille)[3] oder ohne ein solches[4] (sog. Intestatcodicille) vorkommen[5].

Anm. [1] „Obwohl das österr. Gesetzb. keinen formellen Unterschied zwischen Testament und Codicill kennt, indem für beide überall die nemlichen Formalitäten vorgeschrieben sind, so ist doch der Unterschied zwischen einer letztwilligen Universal- und Singularsuccession so bedeutend, daß es sich vollkommen rechtfertigen läßt,

[a] Westgal. Gesetzb. II §. 437. [b] Dig. de jure codicillorum 29. 7. Cod. de codicillis 6. 36. Inst. de codicill. 2. 25.

wenn die letztwilligen Willenserklärungen, jenachdem durch dieſelben eine Univerſal- oder Singularſucceſſion herbeigeführt werden ſoll, mit verſchiedenen Kunſtausdrücken bezeichnet werden, wie dies im öſterr. Geſetzb. geſchehen iſt." Fein Bd. 44 S. 144. Dagegen Koch preuß. Pr. R. II §. 814: „Man hätte folgerecht einen jeden letzten Willen ein Teſtament nennen mögen." Cf. L. 7 C. h. t. 6. 36. — Der Sprachgebrauch ſchwankt, ob der oder das Codicill geſagt werden ſoll: die letztere Ausdrucksweiſe findet ſich im preuß. Landr. I 12 §. 66. 71 fg. und im bürg. Geſetzb. §. 714. Regiſter s. v. Codicill. Fein Bd. 44 S. 17 Note 44. Ebenſo in den neueren Wörterbüchern von Weigand und Heyſe. — Über Codicille vgl. auch Witte im R. L. II S. 670 fg.

[2] Insbeſondere ſind kraft ausdrücklicher Anordnung des §. 594 die Vermächtnißnehmer in Anſehung des ihnen zugedachten Legats ungültige Zeugen, womit dieſe gemeinrechtliche Streitfrage (Fein Bd. 44 S. 453 fg. Mayer, Legate §. 18 Anm. 17. Brinz S. 884) befriedigend gelöſt iſt. — Es gibt hienach (§. 578...610) öffentliche und Privatcodicille, gemeine und privilegirte, ſchriftliche und mündliche Codicille. „Der Ausdruck ‚mündliche Codicille' iſt uns durch einen feſtſtehenden Sprachgebrauch ſo geläufig geworden, daß wir den in demſelben liegenden Widerſpruch, weil das Wort Codicill vermöge ſeiner Etymologie eine Urkunde bedeutet, kaum mehr gewahr werden." Fein Bd. 44 S. 411. Ein ſog. Oralfideicommiß (L. 32 C. de fideicomm. 6. 42. §. 12 I. de fideicomm. 2. 23. Vangerow II §. 528. Mayer §. 29. Arndts §. 545 Nr. 3. Keller §. 556) gibt es nach öſterr. Recht billigenswerther Weiſe nicht.

[3] Die teſtamentariſchen Codicille ſind nach öſterr. Recht nicht als Acceſſorium des Teſtaments zu betrachten: ſie ſtehen und fallen für ſich, nicht mit dem Teſtament, da die Regel des röm. Rechts: codicilli vires ex testamento capiunt, jus testamenti sequuntur (L. 3 §. 2. L. 8 §. 3. L. 16 D. h. t. 29. 7. Fein Bd. 44 S. 146 fg.) ihre Gültigkeit verloren hat: zu der regelmäßigen materiellen Unabhängigkeit der einzelnen letztwilligen Verfügungen kommt hier noch die formelle Selbſtändigkeit der Vermächtnißanordnung hinzu. Vgl. oben §. 22 Anm. 2. Die Unterſcheidung zwiſchen im Teſtament beſtätigten und nicht beſtätigten Codicillen (codicilli testamento confirmati, non confirmati, Fein Bd. 44 S. 199 fg.) iſt für das öſterr. Recht ohne alle praktiſche Bedeutung. Insbeſondere iſt nicht zu bezweifeln, daß nach öſterr. Recht auch die confirmirten Codicille und zwar nicht nur die in futurum, ſondern auch die in praeteritum beſtätigten, in der gehörigen Form errichtet ſein müſſen, ſo daß alſo die fehlende Form nicht etwa durch die nachfolgende teſtamentariſche Beſtätigung ergänzt wird. Über dieſe gemeinrechtliche Streitfrage vgl. Fein Bd. 43 S. 95 fg. 131 fg. Vangerow §. 526 Anm. III. Mayer §. 22 lit. c. Keller S. 1039. Noch viel weniger beſteht im öſterr. Recht die ſog. codicillarrechtliche Fiktion des röm. R., wonach die in einem teſtamentariſchen (confirmirten) Codicille getroffenen Dispenſionen in gewiſſer Beziehung ſo zu betrachten ſind, als wären ſie im Teſtament und zur Zeit der Errichtung deſſelben angeordnet. L. 2 §. 2 D. h. t. L. 7 L. 14 pr. eod. Fein Bd. 44 S. 233 fg. Vangerow §. 526 Anm. II 2.

[4] Die Inteſtatcodicille ſind ſchon ihrer Natur nach durchaus ſelbſtändig (L. 16 D. h. t. 29. 7): es iſt ſo anzuſehen, als ob der Erblaſſer die zur Succeſſion ge-

langenden Inteſtaterben inſtituirt und ihnen die Entrichtung der angeordneten Vermächtniſſe aufgetragen hätte. L. 3 pr. §. 1 D. h. t. . . . . paterfamilias qui testamentifactionem haberet et codicillos faceret, perinde haberi debet, ac si omnes heredes essent (esse jussisset, Schilling animadv. critic. spec. VII p. 5), ad quos legitima ejus hereditas vel bonorum possessio perventura esset. L. 8 §. 1 D. eod. Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem. L. 16. 19 D. eod. Fein Bd. 44 S. 305 fg. Mayer §. 19.

[5] Die Codicillarclauſel (Fein Bd. 45 S. 184 fg. Vangerow II §. 527. Mayer §. 23 fg. Arndts §. 546) iſt für das öſterr. Recht ganz und gar unpraktiſch. Zeiller III S. 489. Rührt die Ungültigkeit des Teſtaments vom Mangel der Förmlichkeiten her, ſo kann daſſelbe wegen der Gleichheit der zu beobachtenden Form (§. 647) auch nicht als Codicill beſtehen. Iſt die Erbeinſetzung ungültig oder unwirkſam, ſo hat ohnehin kraft rechtlicher Vorſchrift (§. 726) der geſetzliche Erbe die angeordneten Vermächtniſſe zu entrichten, da derſelbe als ſtillſchweigend ſubſtituirt (quasi substitutus cf. L. 61 §. 1 D. de leg. II) zu betrachten iſt; arg. 563. 606. Unhaltbar iſt daher die Behauptung Fein's Bd. 45 S. 226 Note 54, daß nach §. 726 die Codicillarclauſel als ein naturale negotii bei der Teſtamentserrichtung ſtillſchweigend ſubintelligirt werde. Im Fall des §. 778 endlich einer etwa beigefügten Codicillarclauſel Wirkſamkeit zuſchreiben wollen, wäre als der vermuthlichen Abſicht des Erblaſſers zuwider vollends unpaſſend, wie man denn auch auf gemeinrechtlichem Gebiet die Codicillarclauſel propter defectum voluntatis nicht wirkſam werden läßt, wenn der Teſtator irrthümlich einen Notherben präterirt hat. Vangerow II S. 528. 529. Vgl. jedoch auch Fein Bd. 45 S. 355 fg.

4. Inhalt des Vermächtniſſes.

a) Erklärung des Vermächtnißwillens und Auslegung derſelben.

§. 57.

Der Inhalt des Vermächtniſſes beſteht in der letztwilligen Anordnung einer Singularſucceſſion, ſomit in der Berufung einer Perſon zur Nachfolge in beſtimmte einzelne Vermögensrechtsverhältniſſe. Dieſe Berufung muß vom Erblaſſer ſelbſt ausgehen; er kann dieſelbe nicht geradezu dem Willen des Erben[1] oder eines Dritten überlaſſen (arg. §. 564)[2]; wohl aber mag er den Beſtand der Zuwendung von der gerechten Würdigung oder der billigen Beiſtimmung des Erben oder eines Dritten abhängig machen[a] und ebenſo die Auswahl des Bedachten aus einem beſtimmten Kreis von Perſonen dem Erben oder einem Dritten anheimgeben[b] (vgl. §. 651)[3].

[a] L. 75 pr. D. de leg. I. L. 11 §. 7. 8. D. de leg. III. L. 46 §. 3 D. de fid. lib. 40. 5. [b] L. 16. 17 §. 1. L. 24. 67 §. 7. L. 77 §. 4 D. de leg. II. L. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5. L. 46 §. 5 D. de fid. lib. 40. 5. Syſtem II §. 133 Note 16.

Für die Erklärung des Vermächtnißwillens gelten dieſelben Regeln wie für letztwillige Erklärungen[c] überhaupt[4]. Die Vermächtnißanordnung, welche vollſtändig[d] und verſtändlich[e] ſein muß, kann nicht nur ausdrücklich in beliebiger[f], ſelbſt unvollkommener[g] Redeweiſe, ſondern auch ſtillſchweigend durch ſchlüſſige Äußerungen[5] geſchehen.

Die Auslegung hat hier wie ſonſt[h] die Aufgabe, den wahren Willen des Erklärenden zu erforſchen und nach allen Seiten feſtzuſtellen (§. 655)[i]. Zur Löſung dieſer Aufgabe ſtellt das Geſetzbuch eine Anzahl von Interpretationsregeln, nicht ſelten im Gewande von Vermuthungen[k], auf, welche in Ermangelung des Nachweiſes eines anderweitigen Willens des Erblaſſers, der vor allem maßgebend iſt[l], zur Anwendung kommen (§. 683). Dieſe Auslegungsvorſchriften[m] beziehen ſich theils auf die Ermittlung des Gegenſtandes und Umfangs des Vermächtniſſes (§§. 660...680), theils auf die Ausmittelung der Perſon des Bedachten (§. 681[6]. 682[7]. 683)[8].

Anm. [1] L. 43 §. 2 D. de leg. I. Legatum . . . . . in heredis (voluntate poni) non potest. Daher auch Ungültigkeit der Vermächtnißanordnung unter der Bedingung: si heres voluerit. L. 11 §. 7 D. de leg. III. . . . . fideicommissum ita relictum non debetur: *si volueris* . . . . L. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5. L. 46 pr. §. 3. 4 D. de fideicomm. lib. 40. 5. cf. L. 3 D. de leg. II. Syſtem II §. 82 Note 22. Dagegen iſt die Honorirung unter der Reſolutivbedingung: nisi heres noluerit zuläſſig (L. 11 §. 5 D. de leg. III), da in dieſem Fall nicht die Honorirung, ſondern die Nichthonorirung in den Willen des Erben geſtellt iſt. Unger in der Anm. 2 angef. Abhandl. S. 400 Note 10. Sollte jedoch auch dieſe Stelle etwa von einer Suspenſivbedingung zu verſtehen ſein (cf. L. 8 D. de J. D. 23. 3), wie Fitting in der Ztſchr. f. Handelsr. Bd. 5 S. 156 fg. will, ſo würde doch der Honorirungswille des Erblaſſers nicht von dem Willen des Erben, ſondern von dem Nicht-Nichtwollen, dem Nichtwiderſpruch deſſelben abhängig ſein, ſo daß wenn ſich dieſer nicht dagegen erklärt, die Erklärung des Erblaſſers aufrecht und wirkſam bleibt. Vgl. übrigens zu dieſer Stelle auch noch Windſcheid, Pand. §. 93 Note 4 und dagegen wieder Fitting im civ. Arch. Bd. 46 S. 269. 270.

[c] Oben §. 13. [d] L. 18 D. de usu leg. 33. 2. L. 4 D. de reb. dub. 34. 5. cf. L. 34 pr. D. de leg. II. L. 77 §. 22 eod. [e] L. 2 D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5. [f] L. 21 C. de leg. 6. 37. L. 108 §. 14. L. 115. 118 D. de leg. I. L. 67 §. 10 D. de leg. II. L. 11 pr. L. 39 pr. D. de leg. III. cf. L. 11 §. 2 eod. L. 12 C. de fid. lib. 7. 4. [g] L. 10 C. de fideic. 6. 42. L. 67 §. 9 D. de leg. II. L. 106 D. de leg. I. [h] Syſtem I §. 13. [i] L. 24. 28 D. de reb. dub. 34. 5. L. 16 D. de cond. 35. 1. L. 69 D. de leg. III. L. 7 C. cit. 6. 42. cf. L. 77 §. 22 D. de leg. II. [k] Syſtem II §. 130 Nr. III. 2. [l] L. 7 C. cit. L. 23 §. 1 i. f. C. de leg. 6. 37. L. 95 D. de leg. III. [m] Vgl. A. L. R. I 12 §. 519 fg.

Von dem Willen des Bedachten (si legatarius voluerit) kann das Vermächtniß immerhin abhängig gemacht werden (L. 65 §. 1 D. de leg. I. L. 69 D. de cond. 35. 1), da die Berufung hiebei vom Erblasser ausgeht und nur die Annahme desselben in den Willen des Berufenen gestellt ist: daher wird aber auch die Hinzufügung einer solchen selbstverständlichen Bedingung im Zweifel nicht vim conditionis haben. System II §. 82 Note 9. Vgl. unten §. 58 Anm. 5.

[2] Ungültig ist daher insbesondere auch die Honorirung unter der Bedingung: si Tertius voluerit. So auch Modestinus in der L. 52 D. de cond. et demonstr. 35. 1, in Übereinstimmung mit Pomponius in L. 68 D. de her. inst. 28. 5 (oben §. 14 Anm. 4). Anderer Meinung jedoch scheint Ulpian gewesen zu sein: L. 1 pr. D. de leg. II. cf. L. 43 §. 2 D. de leg. I. L. 46 §. 2 D. de fid. lib. 40. 5. Vgl. hierüber Mayer §. 31 Anm. 12. Bangerow §. 432. Brinz §. 211 Nr. 1. Unger in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 399 fg. Fitting ebd. Bd. 5 S. 144 fg. Windscheid, Pandekt. §. 93 Note 5. Die Rechtfertigung der Entscheidung Ulpian's, welche Fitting S. 168 fg. versucht hat, ist m. E. unbefriedigend. Es ist eben aus inneren Gründen (oben §. 14 Anm. 4) unzulässig, die Bedingungen: si Tertius voluerit und si Tertius Capitolium ascenderit einander sachlich gleichzustellen, mag man nun diese wie jene, oder umgekehrt jene wie diese auffassen und behandeln. Freilich, die Erfüllung der Bedingung ist in beiden Fällen gleichmäßig in die Willkür des Dritten gestellt, allein der Inhalt der Bedingung, der bedingende Umstand ist ein prinzipiell verschiedener: dort (si Tertius voluerit) die unmittelbare Erklärung des Willens, daß der Bedachte honorirt sein solle, hier (si Tertius Capitolium ascenderit) die Vornahme einer (anderweitigen) Willkürhandlung, in Folge deren die Honorirung purificirt und perfekt wird. Darum verdankt der Bedachte dort (si Tertius voluerit) seine Berufung immer und nothwendig dem Erblasser und dem Dritten gemeinsam, gerade wie im Fall der Berufung: quos Tertius voluerit, so daß der Wille des Dritten, von dem sich der Wille des Erblassers abhängig gemacht hat, constitutiv für die Zuwendung ist, was er eben nicht sein darf (§. 564. L. 32 pr. D. de her. inst. 28. 5); hier dagegen (si Tertius Capitolium ascenderit) verdankt der Berufene, selbst wenn der Dritte die Erfüllung der Bedingung in voller Kenntniß der Sachlage und absichtlich zu Gunsten des Honorirten vornimmt, diesem doch immer nur die Verwirklichung der vom Erblasser allein ausgehenden Berufung, so daß der Wille des Dritten nur consecutiv, nicht constitutiv für die Zuwendung ist. Darum ist auch der Umstand, worauf Fitting S. 172 fg. und im Arch. f. civ. Prax. Bd. 46 S. 266 so viel Gewicht legt, daß die röm. Juristen die Bedingung: si Capitolium ascenderit immer nur dahin verstanden: „wenn der Betreffende bei erster Gelegenheit und zwar in der Absicht, die Bedingung zu erfüllen, das Capitol besteigt", ohne Relevanz: denn wenn auch Tertius Capitolium in hoc ascendit, ut testamento pareatur (L. 2. 11 §. 1 D. de cond. et demonstr. 35. 1), so parirt doch der Dritte dem Willen des Erblassers, während bei der Bedingung: si Tertius voluerit der Erblasser dem Willen des Dritten pariren würde. Es spielt also der Wille des Dritten bei diesen Bedingungen dieselbe verschiedene Rolle wie der Wille des Handelnden bei Rechtsgeschäften und anderen juristischen Thatsachen (System II §. 78 Note 3. 4): er ist in dem einen Fall (si Tertius voluerit) die causa efficiens der Zuwen-

bung, in dem andern Fall (si Tertius Capitolium ascenderit) die causa effectus der Zuwendung. Am wenigſten aber ſpricht Ulpian's Entſcheidung (L. 1 pr. D. de leg. II) für Fitting's „Cultus des Worts", da Ulpian gerade den Ausdruck für irrelevant hält, wenn nur die Sache dieſelbe ſei: zu der Annahme materieller Identität der beiden fraglichen Bedingungen aber konnte Ulpian ſich um ſo leichter veranlaßt fühlen, als dieſe Gleichſtellung im Fall der Erbeinſetzung eines suus unter einer Poteſtativbedingung allerdings vorhanden iſt. cf. L. 86 pr. §. 1 D. de her. inst. 28. 5. L. 4 §. 1 D. eod. L. 20 §. 4 D. de bon. libert. 38. 2. L. 4 C. de instit. 6. 25. Und wenn Fitting Note 44. 81. 110 die Zuläſſigkeit der Bedingung: si Tertius voluerit billigt, weil dieſe Behandlungsweiſe „überdies die freiere iſt und dem Willen des Teſtators einen freieren Spielraum geſtattet", ſo darf man wohl fragen, wo die Grenze für dieſen freieren Spielraum ſein ſoll und warum dann nicht auch die Erbeinſetzung: quos Tertius voluerit zuläſſig ſein ſollte?

[3] L. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5 .... Plurimum enim interest, utrum in potestate ipsius, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat. Unterbleibt die Wahl, ſo ſind alle zu dem Wahlkreis gehörenden Perſonen gleichberechtigt. L. 24. L. 67 §. 7 D. de leg. II.

[4] Insbeſondere über den Fall einer unrichtigen Gattungsbezeichnung vgl. Syſtem II §. 89 Note 27 (gegen Savigny, Syſtem Bd. 3 §. 139 Note k). Lang. Beitr. zur Hermeneutik S. 141 fg. Mayer §. 30 Anm. 7 und insbeſ. Keller, Grundr. §. 343 Nr. V. Über den Fall unrichtiger Angabe der zugedachten Quantität: Syſtem II §. 89 Note 32. 33.

[5] So liegt in dem zu Gunſten einer beſtimmten Perſon ausgeſprochenen Veräußerungsverbot ein ſtillſchweigendes Vermächtniß der betreffenden Sache; arg. §. 610. cf. L. 114 §. 14...18 D. de leg. I. L. 69 §. 3. 4 D. de leg. II. L. 93 pr. D. de leg. III. (Über L. 38 §. 7 D. eod. vgl. Mayer §. 30 Anm. 7 a. E.) Ebenſo liegt in der Ernennung eines Univerſalerben excepta certa re ein ſtillſchweigendes Vermächtniß zu Gunſten der Inteſtaterben (cf. L. 74 D. de her. instit. 28. 5. L. 66 pr. D. de leg. II; oben §. 8 Anm. 6 a. E.), und in der Ouerirung eines Schuldners des Erblaſſers mit einem Vermächtniß ein ſtillſchweigendes Legat der Schuldbefreiung (L. 77 D. de leg. I. L. 37 §. 3 D. de leg. III).

[6] Daß auch unter den bedachten Kindern eines Anderen nur die bei dem Tode des Erblaſſers bereits erzeugten zu verſtehen ſeien, hätte füglich gar nie bezweifelt werden ſollen. Vgl. oben §. 5 Anm. 1. A. L. R. I 12 §. 527. Staudinger in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1829 II Nr. 38. Nippel IV S. 340 fg. Winiwarter III S. 204. 205. Stubenrauch II S. 491. 492. Ellinger zu §. 681. Unrichtig wieder Füger II S. 174 fg.

[7] Die gewöhnlich auf anderem Weg (Scheidlein in der Zeitſchr. f. öſterr. R. G. 1825 II Nr. 35. Nippel IV S. 288 fg. vgl. jedoch auch S. 342 fg. Winiwarter III S. 176. 206. Stubenrauch II S. 493. 495. Ellinger zu §. 682. 683. Füger II S. 177 fg. 179 fg.) verſuchte Vereinbarung der Vorſchrift der §§. 682. 683 mit der Anordnung des §. 651 iſt m. E. dadurch herzuſtellen, daß man den

§. 651 seinem Wortlaut gemäß auf die Aussetzung einer Summe „zur Vertheilung“ an Verwandte oder Dienstpersonen beschränkt (cf. L. 2 C. de donat. quae sub modo 8. 55 und zu dieser Stelle Savigny, System Bd. 3 §. 129 Note n), während man in den Fällen der §§. 682. 683 ein Verwandten oder Dienstpersonen direkt zugewendetes Vermächtniß annimmt, also den §. 651 auf ein Distributionsvermächtniß (cf. L. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5. L. 3. 8 D. de alim. leg. 34. 1), die §§. 682. 683 dagegen auf ein gemeinschaftliches Vermächtniß (§. 689) bezieht. Ein vom Erblasser schon insbesondere bedachter Verwandter oder Dienstbote hat auf ein solches Gesammtvermächtniß keinen Anspruch. L. 16 §. 2. L. 20 pr. D. de alim. leg. 34. 1.

[a] Für Vermächtnisse an die Armen und zu andern frommen Zwecken bestehen besondere sog. politische Verordnungen (Michel II Nr. 1068 fg. Stubenrauch II S. 452 fg.), auf welche auch der Anhang zur amtlichen Ausgabe für Ungarn u. s. w. Nr. 56 zu §. 651 hinweist. (Der Ausdruck „politische“ Verordnung für Verwaltungsanordnungen — System I S. 14 fg. — stammt aus einer Zeit, in welcher man gewöhnt war, das gesammte öffentliche Leben in der Verwaltung des Staates aufgehen zu lassen und paßt somit nicht mehr für die jetzigen Verfassungszustände.)

b) Beschränkungen der Vermächtnißanordnung[1].

§. 58.

Der Erblasser kann die Vermächtnißanordnung gleich der Erbeinsetzung durch Hinzufügung einer Bedingung Befristung[2] oder Auflage einschränken und es gelten im allgemeinen hier dieselben Regeln wie dort (§. 695...712)[a]. Eine Bedingung, welche der Erbeinsetzung hinzugefügt ist, erstreckt sich im Zweifel nicht von selbst auf das derselben Person zugewendete Vermächtniß[3]; ebensowenig die dem einen von mehreren cumulativen Vermächtnissen hinzugefügte Bedingung auf das andere[4]. Eine Vermächtnißanordnung mit dem Zusatz „wenn der Legatar will“, ist im Zweifel für unbedingt zu halten[5]. Hat der Erblasser die aufschiebende Bedingung an eine bestimmte Frist gebunden, so ist auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die Fristbestimmung selbständig als Betagung in Betracht komme oder nicht[6]. Desgleichen ist durch Interpretation festzustellen, ob eine Beschränkung, welche zugleich eine Bedingung zu enthalten scheint, nicht dennoch dem Willen des Erblassers gemäß lediglich als Befristung gelten und wirken solle[b]. Obgleich einem Vermächtnißnehmer die Ehelosigkeit weder in Gestalt einer Be-

[a] Vgl. oben §. 16...18. [b] L. 18 §. 2 D. de alim. leg. 34. 1. L. 26 §. 1 D. quando dies 36. 2. L. 5 C. eod. 6. 53. L. 46 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. System II §. 83 Note 15.

dingung noch in Form eines Endtermins oder Modus wirkſam geboten werden kann[c], ſo kann doch immerhin ein Nießbrauch oder der Bezug einer Rente auf die Dauer des ledigen oder Wittwenſtandes gültig zugedacht werden[7].

Anm. [1] Roßhirt I S. 352...412. Arndts im R. L. VI S. 294. 295. 304. 305. Mayer, Lehre von den Legaten §. 32...42.

[2] Schon nach juſtinian. Recht (L. 26 C. de leg. 6. 37) iſt die Hinzufügung eines Endtermins und daher auch einer Reſolutivbedingung, da dieſe wie ein bedingter Endtermin angeſehen wird, zuläſſig. Syſtem II §. 83 Note 29. Unrichtig ſind m. E. die Ausführungen von Mayer §. 32 Anm. 18 über das ältere Recht (cf. L. 57 D. de leg. I. L. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. Savigny, Syſtem Bd. 3 S. 219. 220) und insbeſondere über das Weſen der bedingten Ademtion, welche Mayer irriger Weiſe für eine Reſolutivbedingung hält.

[3] Cf. L. 17 §. 3 D. de dol. mal. exc. 44. 4. L. 104 §. 6 D. de leg. I. L. 27 pr. D. quando dies 36. 2. L. 14 D. de manum. test. 40. 4. — L. 18 D. de cond. inst. 28. 7 und L. 70. 77 pr. D. de cond. et dem. 35. 1 enthalten ſinguläre Entſcheidungen. Roßhirt I S. 272 fg. Bangerow II S. 139 lit. b. Buchholtz, Prälegate S. 284 fg. 555 fg. A. M. Mayer §. 32 S. 193. Mühlenbruch Bd. 41 S. 275.

[4] Cf. L. 54. 63 D. de leg. III. L. 108 D. de cond. et dem. 35. 1. Bei alternativen Verſchaffungen bewirkt die dem einen Glied hinzugefügte Bedingung nur, daß der Legatar auch das andere Glied nicht fordern kann, bevor die Bedingung eingetreten iſt, nicht etwa daß das ganze Vermächtniß als durchaus bedingtes zu betrachten wäre. L. 14 §. 1. L. 16 pr. D. quando dies 36. 2. L. 21 D. de usu leg. 32. 2. Über L. 25 pr. D. cit. 36. 2 vgl. Mayer §. 32 Anm. 11. 12.

[5] Syſtem II §. 85 Note 9. Auf dem Boden des heutigen gem. Rechts iſt dieſe Frage ſehr ſtreitig. L. 69 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 65 §. 1 D. de leg. I. cf. L. 85 D. de cond. 35. 1. Vgl. einerſeits Ihering in Jahrb. f. Dogm. I S. 35; anderſeits Brinz, Pand. S. 890. Sächſ. Geſetzb. §. 2118. Dieſelbe Entſcheidung, die man in dieſer Hinſicht bei Legaten trifft, muß übrigens auch bei Erbeinſetzungen gelten; doch darf man ſich aber freilich bei uns nicht auf L. 12 D. de cond. inst. 28. 7 berufen, da nach öſterr. Recht auch das Recht, die Erbſchaft anzutreten, transmittirt wird, weshalb die wirklich (ernſtlich) gemeinte Bedingung: si volet bei dem Erben von derſelben praktiſchen Bedeutung ſein würde (Nothwendigkeit der Erbserklärung von Seite des Berufenen) wie bei dem Legatar, cujus personae conditio injuncta videtur. L. 69 cit. Unbefriedigend iſt m. E. die Erklärung von Tewes Erbr. S. 225. 226.

[6] Iſt die Bedingung eine affirmative und hat der Erblaſſer zu ihrer Erfüllung einen Zeitpunkt oder Zeitraum angegeben, ſo verſteht es ſich im erſten Fall von

[c] L. 22. 72 §. 5. L. 74. 96 §. 1 D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 14 pr. D. de leg. III.

ſelbſt, daß die Bedingung in der Regel (cf. L. 11 §. 11 D. de leg. III) vor dem beſtimmten Zeitpunkt gar nicht erfüllt werden kann, während im zweiten Fall das Vermächtniß ſogleich gefordert werden kann, ſobald die Bedingung innerhalb des geſetzten Zeitraums erfüllt iſt. cf. L. 41 §. 1 D. de manum. test. 40. 4. Bei negativen Bedingungen iſt dieſe Frage nach öſterr. Recht (über das gem. Recht vgl. Bangerow II S. 142. Mayer I S. 223. 224. Bering, Erbr. S. 330) in der Regel ohne Intereſſe, da die aufſchiebende negative Bedingung regelmäßig in die entgegengeſetzte auflöſende verwandelt wird (§. 708): wenn aber in einem ſolchen Fall der Erblaſſer ausdrücklich erklären würde, daß der Legatar erſt dann das Legat erhalten ſolle, wenn der für die negative Bedingung angegebene Zeitraum ohne factum contrarium verſtrichen ſei (z. B. A ſoll x erhalten, jedoch ſoll er es erſt dann bekommen, wenn er durch 3 Jahre y unterlaſſen hat), ſo würde die klar gewollte Betagung (das tum) bewirken, daß die negative aufſchiebende Bedingung nicht in die entgegengeſetzte auflöſende verwandelt werden dürfte. cf. L. 4 §. 1 D. de cond. et demonstr. 35. 1 (eine Stelle, die gewöhnlich überſehen wird und gegen Mayer's Anſicht ſpricht, deſſen Auslegung der L. 10 D. de V. O. 45. 1 in Anm. 15 m. E. gezwungen und unbefriedigend iſt). Iſt einer nothwendigen Suspenſivbedingung noch eine Zeitbeſtimmung hinzugefügt, ſo gilt die Verfügung im Zweifel doch für unbetagt (cf. L. 8 D. de V. O. 45. 1), und dieſe iſt umgekehrt ganz unwirkſam, wenngleich mit einer nothwendigen Reſolutivbedingung eine Zeitbeſtimmung verbunden wurde.

[7] Hfdkrt 23. Mai 1844 (Anh. Nr. 57. Michel II Nr. 1106): „Der §. 700 findet auf letztwillige Verfügungen keine Anwendung, wodurch der Erblaſſer ſeiner Ehegattin den Genuß der ganzen Erbſchaft oder eines relativen Theiles derſelben oder endlich eines Legates mit der Beſchränkung auf die Dauer ihres Wittwenſtandes zuwendet und ebenſowenig auf diejenigen, wodurch er auf die gleiche Art für eine dritte Perſon bis zu dem Zeitpunkte ſorgt, wo dieſelbe in den ehelichen Stand tritt." Die mißlungene Faſſung dieſer an ſich ganz richtigen Vorſchrift, welche ſich im weſentlichen auch im heſſ. Entw. Art. 61 und im ſächſ. Gſtzb. §. 2135 wiederfindet, hat zu mannigfachen Zweifel Anlaß gegeben (vgl. Likawetz-Oberhauſer in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1845 I Nr. 9), wobei man gewöhnlich überſieht, daß es ſich hiebei nicht um eine Bedingung, ſondern um einen bedingten Endtermin (Syſtem II §. 83 Note 17) und um ein an ſich zeitlich begrenztes Recht handelt. Die Ratio jener Vorſchrift beſteht darin, daß in einer ſolchen letztwilligen Anordnung in der Regel nicht eine Beförderung und Belohnung der Eheloſigkeit, ſondern eine Verſorgung für den Fall und auf die Dauer der Eheloſigkeit liegt. Deshalb iſt man aber doch nicht berechtigt, in allen ſonſtigen Fällen der Honorirung unter der Bedingung der Eheloſigkeit oder auf die Dauer derſelben eine beſondere Willensunterſuchung (etwa nach Art der L. 2 D. de his quae poenae 34. 6) anzuſtellen und die illegale Beſchränkung unter Umſtänden aufrecht zu erhalten, wie dies der oberſte Gerichtshof in wiederholten, von Füger II S. 225 fg. mit Unrecht gebilligten Entſcheidungen (Samml. Nr. 487) gethan hat.

c) Anordnung von Substitutionen.

§. 59.

Der Erblasser kann wie bei Erbeinsetzungen so bei Vermächtnissen eine Substitution anordnen (§. 652). Er kann somit 1) dasselbe Vermächtniß einem Andern für den Fall hinterlassen, daß der zuvor Bedachte dasselbe nicht erwerben könne oder wolle[a] (vgl. §. 605. 606. 702)[1]. Eine solche gemeine Substitution enthält eine Bedingung des Vermächtnisses für den Nachberufenen, welcher die Erfüllung derselben erleben muß (§. 703. 689), dagegen aber die Erben des vor der Erwerbung des Vermächtnisses verstorbenen Erstberufenen ausschließt[b]. Der Erblasser kann 2) Mehreren nach und hinter einander denselben Vermächtnißgegenstand hinterlassen, indem er dem Bedachten die Verpflichtung auferlegt, das Vermächtniß nach oder zu einer bestimmten Zeit einem Nachlegatar herauszugeben[c]. Eine solche fideicommissarische Substitution begreift in der Regel die gemeine Substitution stillschweigend in sich (§. 608). Ist das Vermächtniß ein successives, so ist es an dieselben Beschränkungen gebunden, wie das successive Fideicommiß einer Erbschaft (§. 612), wie denn überhaupt für Substitutionen bei Vermächtnissen dieselben Regeln gelten wie für Substitutionen bei Erbeinsetzungen (§. 652).

Anm. Über eine Substitution auf den Fall, daß der Vorberufene „vor Empfang" des Vermächtnisses sterbe vgl. L. 3 §. 1 D. de adim. leg. 34. 4. Über die Anordnung: mein Erbe soll dem A 100 geben, gibt er sie nicht dem A, so soll er sie dem B geben vgl. L. 3 §. 3. L. 10 §. 1 D. eod.

5. Gegenstand des Vermächtnisses.

§. 60.

Gegenstand des Vermächtnisses kann alles sein, was dem Bedachten einen vermögensrechtlichen Vortheil zu gewähren vermag (§. 653)[a] und dessen Leistung möglich[b] und erlaubt ist[c] (arg. §. 878). Ungültig ist daher das Vermächtniß einer dem Verkehr

[a] L. 50 pr. D. de leg. II. L. 3 pr. D. de adim. leg. 34. 4. L. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 36 §. 1 D. de cond. et dem. 35. 1. [b] Unten §, 62 Anm. 2. [c] L. 39 pr. D. de leg. III. L. 36 §. 1 D. de cond. 35. 1. L. 2 C. quando dies 6. 53.

[a] L. 49 §. 1 D. de leg. II. L. 35 pr. L. 102 §. 3 D. de leg. III. cf. L. 114 §. 8 D. de leg. I. L. 41 §. 8 D. de leg. III. L. 92 D. de cond. 36. 1. [b] cf. L. 41 §. 1. L. 112 pr. D. de leg. I. [c] cf. L. 7 §. 16 D. de pact. 2. 14.

entzogenen (§. 653)[d] oder gar nicht existirenden Sache[e], wofür in der Regel auch nicht der Werth gefordert werden kann[f]; fehlt dem Bedachten nur für seine Person die Verkehrsfähigkeit in Ansehung der vermachten Sache, so ist ihm der ordentliche Werth derselben zu entrichten (§. 654)[1]; auf diesen hat der Legatar auch dann Anspruch, wenn ihm wegen anderweitiger rechtlicher oder factischer Hindernisse der Erwerb des vermachten Gegenstandes unmöglich ist[g]. Der Gegenstand des Vermächtnisses muß überdies hinlänglich bestimmt sein, so daß nicht etwa bloß in die Willkür des Beschwerten gestellt ist, was er leisten wolle[h].

Anm. Durch die dem preuß. Landr. I 12 §. 455. 456. 386 nachgebildete Bestimmung des §. 654 (westgal. Gesetzb. II §. 438. 439) ist die gemeinrechtliche Controverse über das Legat einer Sache, cujus commercium legatarius non habet (L. 49 §. 2 D. de leg. II. L. 40. 114 §. 5 D. de leg. I. L. 11 §. 16 D. de leg. III. vgl. Roßhirt I S. 224 fg. Mommsen, Beitr. z. Obl. R. I S. 140 Note 1 und die System I §. 46 Note 39 angef. Schriftsteller) in einer Weise gelöst, welche zwar der richtigen Auffassung des R. R. nicht entspricht, wohl aber in legislatorischer Hinsicht zu billigen ist. Übrigens kömmt es nach österr. Recht in Ansehung der Verkehrsfähigkeit auf die Zeit der Vermächtnißanfalls, nicht auf die Zeit der Vermächtnißerrichtung (L. 41 §. 2 D. de leg. I. Bangerow II S. 509. 510) an, da die regula Catoniana (Roßhirt I S. 413 fg. Bangerow §. 540. Arndts §. 550) nach österr. Recht nicht gilt. Der Mangel des Commercium auf Seite des Beschwerten steht nach allgemeinen Grundsätzen (System I §. 46 Note 38) der Gültigkeit und Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht im Wege. L. 49 §. 3 D. de leg. II.

6. Ungültigkeit des Vermächtnisses.

§. 61.

Die Gültigkeit des Vermächtnisses ist in Folge der materiellen Selbständigkeit der einzelnen letztwilligen Verfügung unabhängig von der Gültigkeit der testamentarischen Erbeinsetzung und daher nur aus und für sich zu beurtheilen[1].

Vermächtnisse können aus denselben Gründen wie Testamente[a] von Anfang an ungültig sein; doch ist diese Ungültigkeit nicht mit-

[d] §. 4 I. de leg. 2. 20. L. 39 §. 9 D. de leg. I. L. 14 C. eod. 6. 37. cf. L. 39 §. 8. 10 D. eit. System I §. 46 Note 16. 18. [e] L. 108 §. 10 D. de leg. I. cf. §. 7 I. eod. 2. 20. [f] cf. L. 112 pr. eit. L. 108 §. 10 cit. §. 4 I. cit. [g] L. 114 §. 5 D. de leg. I. cf. L. 11 §. 16 D. de leg. III. System I §. 46 Note 35. 36. [h] L. 69 §. 4 D. de J. D. 23. 3.

[a] Oben §. 22.

telst einer in drei Jahren verjährenden Nichtigkeitsklage zum Austrag zu bringen, sondern kann zu jeder Zeit und in jeder Prozeßlage geltend gemacht werden[2].

Ein gültig errichtetes Vermächtniß kann hinterher ungültig werden sowohl durch den Willen des Erblassers als aus anderen Gründen, wie durch Hinwegfall des Vermächtnißträgers, dafern nicht ein Anderer der Regel gemäß[b] an seiner Stelle die Vermächtnißlast übernimmt[3], durch den Tod des Vermächtnißnehmers vor Anfall des Vermächtnisses (§. 536. 537. 703)[c] oder dessen Erbunfähigkeit zur Zeit des Anfalls oder Erwerbs (§. 545. 703)[d], durch Untergang des Vermächtnißgegenstandes bei Lebzeiten des Erblassers[e] sowie aus denselben Gründen, aus welchen ein Testament hinterher ungültig werden kann[f].

Der Erblasser kann in testirfähigem Zustand (§. 718) das errichtete Vermächtniß jederzeit nach Belieben zurücknehmen[g]; selbst ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Widerrufsfreiheit vermag ihn nicht zu binden[4]. Die Zurücknahme (Ademtion) des Vermächtnisses kann sowohl durch Vertilgung der betreffenden Verfügung (§. 721 fg.)[h] als durch ausdrückliche Erklärung des Widerrufs[i] in einer der Testamentsformen (§. 719)[5] geschehen. Der Ademtionswille kann sich aber auch in schlüssigen Handlungen aussprechen[k] und es ist aus diesem Grunde in gewissen Fällen schon kraft gesetzlicher Interpretationsvorschrift das Vermächtniß als widerrufen anzusehen (§. 724. 725)[6]. Ferner wird durch Errichtung eines Testamentes stillschweigend jedes frühere Vermächtniß aufgehoben, dafern der Erblasser nicht irgendwie[l] einen andern Willen zu erkennen gibt, und zwar werden nicht bloß die in oder zu einem früheren Testament errichteten Vermächtnisse durch Errichtung eines neuen Testaments (§. 713), sondern auch frühere Intestatcodicille durch Errichtung eines Testaments aufgehoben[7]; dagegen hebt ein späteres Codicill das frühere

[b] Oben §. 55 Nr. 2. [c] L. 29 pr. D. de leg. II. L. 5 pr. D. quando dies 36. 2. L. 59 pr. D. de cond. 35. 1. L. 3 C. eod. 6. 53. [d] L. 59 §. 4 D. de her. inst. 28. 5. L. 59 §. 1. L. 104 D. de cond. et demonstr. 35. 1. Vgl. oben §. 5 Anm. 21. 22. [e] Vgl. unten §. 67 fg. [f] Oben §. 23. [g] L. 4 Dig. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis 34. 4. [h] L. 16. 17 D. h. t. 34. 4. [i] pr. I. de adem. leg. 2. 21. [k] System II §. 85 Noten 15...19. §. 130 Note 45. [l] cf. L. 5 D. de jur. codic. 29. 7. Oben §. 24 Anm. 13 g. E.

nicht auf[m], es müßte denn der Inhalt beider widersprechend sein[n] (§. 714. 715).

Zurücknahme eines Vermächtnisses unter einer Bedingung enthält Belassung desselben unter der entgegengesetzten Bedingung[o]. In der Zurücknahme des Vermächtnisses ist im Zweifel auch die Ademtion des darauf gelegten Weitervermächtnisses enthalten[p]. Die Zurücknahme kann sich auf das ganze Vermächtniß oder nur auf einen Theil[q] oder eine Beschränkung[r] desselben erstrecken. Läßt sich nicht ermitteln, welches von mehreren Vermächtnissen zurückgenommen sein soll, so ist die Zurücknahme in Ansehung aller wirkungslos[s].

Mit der Zurücknahme eines Vermächtnisses kann sich die Anordnung eines andern verbinden, welches an dessen Stelle treten soll[s]. In einer solchen Übertragung (Translation)[9] liegt ein doppeltes Rechtsgeschäft[t], daher die Zurücknahme, falls nur die Übertragung überhaupt in formgültiger Weise erfolgt ist, in der Regel für sich wirksam ist, wenngleich das neue Vermächtniß aus irgend einem sonstigen Grunde ungültig ist[u]. Im Zweifel gelten auch die sonstigen Bedingungen eines Vermächtnisses als auf das neue übertragen[v].

Anm. [1] Hierin liegt ein bereits früher (§. 13 Anm. 1. §. 22 Anm. 2) hervorgehobener wichtiger und billigenswerther Unterschied des österr. Rechts vom römischen, nach welchem in oder neben einem Testament errichtete Vermächtnisse mit der Erbeinsetzung stehen und fallen (L. 3 §. 2. L. 16 D. de jur. cod. 29. 7. L. 81 D. d. leg. II. L. 1 §. 1 D. de leg. III. L. 1 §. 4 D. ut in poss. leg. 36. 4. L. 181 D. de R. J. L. 14 C. de fid. 6. 42), eine Regel, welche jedoch das röm. Recht selbst schon durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen hat. Francke, Beitr. S. 136 fg. Roßhirt I S. 452 fg. Puchta §. 534. Arndts §. 553. Vangerow §. 539 Anm. 1.

[2] Vgl. oben §. 22 Anm. 6. Es fehlt an aller Ratio, die Vorschrift des §. 1487 auch auf Vermächtnisse zu beziehen und dadurch Prozesse unnöthigerweise zu provociren: der Onerirte mag die Belangung mit der Vermächtnißklage abwarten und dann im Weg der unverjährbaren Einwendung die Nichtigkeit des Legats geltend machen. Samml. Nr. 130. 486. 563. Für die hier vertheidigte Ansicht: Pach-

[m] L. 6 §. 1 D. de jur. cod. 29. 7. §. 3 I. eod. 2. 25. [n] cf. L. 3 C. de cod. 6. 36. [o] L. 10 pr. L. 14 pr. D. h. t. L. 6 pr. D. quando dies 36. 2. L. 40 §. 2. L. 107 D. de cond. 35. 1. [p] L. 19 D. h. t. 34. 4. cf. L. 28. 31 §. 1 D. eod. L. 17 pr. D. de leg. II. [q] L. 1. 2. 3 §. 6 D. h. t. cf. L. 11. 12 eod. L. 3 §. 5 eod. L. 1 §. 1 D. de instr. leg. 33. 7. [r] L. 3 §. 9 D. h. t. [s] §. 1 I. h. t. 2. 21. L. 5. 6. D. h. t. [t] L. 5. 6 §. 1 D. cit. §. 1 I. cit. [u] L. 20 D. h. t. L. 34 pr. D. de leg. I. [v] L. 24 pr. D. h. t. L. 95 D. de cond. 35. 1.

mann, die Verjähr. S. 46; dagegen Zeiller IV S. 246. Rippel IX S. 107. Winiwarter V S. 234. Ellinger zu §. 1487.

[3] Eine theilweiſe Ungültigkeit des Vermächtniſſes tritt auch ein, wenn der Erblaſſer einen beſtimmten Inteſtaterben als ſeinen vermeintlich alleinigen Erben beſchwerte, während dieſer in der That nicht allein, ſondern mit Anderen zugleich ſuccedirt: hier wird das Vermächtniß in demſelben Verhältniß verkürzt, als ſich der Erbanſpruch des Onerirten verringert. L. 19 D. de jur. cod. 29. 7. L. 77 §. 29 D. de leg. II.

[4] Es gibt nach öſterr. Recht (über das gem. Recht vgl. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 73 fg. Arndts in der öſterr. Vierteljahrsſchr. Bd. 7 S. 280 fg.) keinen Vermächtnißvertrag, auch nicht zwiſchen Ehegatten. §. 602. 1249. Wenn Arndts S. 288 fg. als Ausnahmsfall den Advitalitätsvertrag (§. 1255 fg.) anführt, ſo beruht dies auf einer m. E. unrichtigen Auffaſſung der Natur dieſes Vertrages, worüber das Nähere im ehelichen Güterrecht. (Der ſog. Advitalitätsvertrag iſt weder ein Erbvertrag, noch ein Vermächtnißvertrag, noch ein aus dem polniſchen Recht entlehntes Inſtitut, ſondern einfach die alte deutſch-rechtliche Leibzucht. Gerber, Syſtem §. 239. Walter, Syſtem §. 199.)

[5] Nach röm. Recht genügt zur Ademtion eines Vermächtniſſes jeder Beweis der Willensänderung des Erblaſſers, ſo daß der Widerruf keiner Solennität bedarf, ſondern die Ademtion ſchon nuda voluntate geſchieht. L. 3 §. 11. L. 13. 29 D. h. t. L. 27 C. de fideic. 6. 42. cf. L. 18 D. de leg. III. Vgl. jedoch auch Brinz S. 961. 962. Das bürg. Geſetzb. dagegen iſt im weſentlichen zu dem Grundſatz des älteren R. R. (Ulp. XXII. 29. II. 12. pr. I. de ademt. leg. 2. 21) zurückgekehrt, wonach Legate nur durch ausdrückliche Erklärung in einer der zur Errichtung erforderlichen Formen (aber nicht nothwendig gerade in derſelben, in welcher das Legat errichtet wurde) aufgehoben werden, und dies wird wohl zu billigen ſein, da hiemit einerſeits die Conſequenz gewahrt wird, andererſeits Streitigkeiten über die Willensänderung des Teſtators, abgeſehen von einer Manifeſtation derſelben durch concludente Handlungen, vermieden werden. Insbeſondere iſt nach öſterr. Recht das Legat in Folge heftiger unverſöhnter Verfeindung des Vermächtnißgebers mit dem Vermächtnißnehmer nicht ſchon von ſelbſt als adimirt zu betrachten. cf. L. 3 §. 11. L. 4. 22 D. h. t. Syſtem II §. 85 Note 19.

[6] Das bürg. Geſetzb. faßt in dieſen beiden Paragraphen (weſtgal. Geſetzb. II §. 509. 510) drei Fälle zuſammen, von denen zwar der zweite unter den Geſichtspunkt der Ademtion fällt (unten §. 67 Anm. 4), der erſte aber und der dritte vom ſog. Surrogirungsſtandpunkt aus zu erklären ſind. Vgl. unten §. 73 Anm. 6. §. 67 Anm. 2.

[7] Die Frage, ob im Fall der Errichtung eines Teſtaments zur Aufhebung oder zur Erhaltung der früher ab intestato angeordneten Vermächtniſſe eine beſondere Willenserklärung erforderlich ſei, iſt ſchon auf dem Boden des gem. Rechts ſehr beſtritten wegen des Verhältniſſes der beiden Stellen L. 5 D. de jur. cod. 29. 7 und §. 1 I. eod. 2. 25 zu einander und insbeſondere wegen der Interpretation der letzteren. Die erſtere Anſicht (Fortbeſtand bis zum Beweis der

Willensänderung) wird insbesondere vertheidigt von Fein Bd. 44 S. 168 fg. (und den bei ihm S. 171 Note 44 Angeführten) und Reuner, die her. inst. S. 88 fg. Note 30, denen auch Bangerow II S. 514. 515 beigetreten ist, während die letztere Ansicht (Nothwendigkeit positiver Bestätigung) von den bei Fein S. 170 Note 42 Angeführten sowie von Arndts §. 551 und Keller, Pandekt. S. 1038 vertreten wird. Für die erstere Ansicht läßt sich gewiß geltend machen, daß, da durch die Erbeinsetzung jemand zur Gesammtnachfolge, durch das Legat dagegen zur Einzelnachfolge berufen wird, die frühere Anordnung sich mit der späteren bei solcher Verschiedenheit des Inhalts und Gegenstandes beider Verfügungen recht wohl verträgt und daß daher aus der Errichtung des Testaments an sich auf eine Willensänderung in Ansehung des Vermächtnisses sicher nicht zu schließen ist. Das Vermächtniß ist eine letztwillige Gabe aus der Erbschaft: in der Zuwendung der Erbschaft an eine bestimmte Person liegt an sich nichts, woraus die Zurücknahme jener Gabe zu entnehmen wäre. Dennoch muß man für das österr. Recht arg. §. 713 das Gegentheil annehmen, da es an allem inneren Grund fehlt, für Intestatcodicille etwas anderes gelten zu lassen als für testamentarische Vermächtnisse (vgl. auch Reuner Note 30 a. E.) und überdies nach österr. Recht auch letztere von der Erbeinsetzung materiell unabhängig sind. Gewiß wäre aber auch nach österr. Recht die entgegengesetzte Entscheidung die passendere gewesen, und dies um so mehr, da nach demselben überhaupt der jeweilige Erbe (quisquis heres erit) als mit dem Vermächtniß onerirt erscheint: in der Bestimmung oder Änderung dessen aber, der heres sein soll, liegt an sich gewiß nichts, woraus zu entnehmen wäre, daß der Erblasser seinen Willen in Ansehung der früheren Vermächtnißzuwendung geändert habe. Für die hier vertheidigte Ansicht: Winiwarter III S. 257. Stubenrauch II S. 553 (mit allzu kategorischer Berufung auf das R. R.); dagegen: Zeiller II S. 690. Nippel IV S. 424. Ellinger zu §. 713. 714. Füger II S. 297. 298.

[8] L. 3 §. 7 D. h. t. 34. 4. Si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit, nec appareat cui ademtum sit, utrique legatum debebitur. Quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum. Diese Entscheidung ist consequent und entspricht allgemeinen Grundsätzen. cf. L. 14 §. 1 eod. L. 2 D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 22 D. de prob. 22. 3. System I §. 70 Note 5. Gemeinrechtlich jedoch ist diese Frage wegen des Widerstreits mit L. 10 pr. D. de reb. dub. 34. 5 überaus bestritten. Vgl. Arndts §. 551 Anm. 2. Riedel in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 13 Nr. 9 S. 293 fg. Wenn man für die entgegengesetzte Ansicht (neutri legatum debebitur) öfters anführt, durch die unbestimmte spätere Willenserklärung werde die frühere bestimmte Willenserklärung selbst zur unbestimmten (Roßhirt I S. 436 fg. Bangerow II §. 541), so verwechselt man die Unbestimmtheit des Belassens mit der Bestimmtheit des Gebens und übersieht, daß der Legatar das Vermächtniß fordert, weil es ihm gegeben, nicht weil es ihm nicht entzogen wurde. Vgl. auch Brinz S. 960. 961. Die Beweislast in Ansehung der Ademtion liegt dem Erben, nicht, wie Riedel fälschlich meint, der Beweis der Nichtademtion dem Legatar ob. Ebenso unhaltbar ist die Berufung auf L. 3 §. 8 D. h. t., da hier eine Translation stattgefunden hatte und die Frage nunmehr die war, ob mit der Aufhebung des neuen Legats das alte von selbst wieder auflebe, was mit Recht verneint wird.

[9] Es muß daher vor allem der Wille des Erblaſſers unterſucht werden, ob er das neue Vermächtniß an die Stelle des früheren und zwar unbedingt oder bedingt ſetzen, oder zu demſelben hinzufügen, oder nur das frühere wiederholen wollte. L. 3. §. 8. L. 7...9 D. h. t. L. 63. 34 pr. §. 3 D. de leg. I. L. 87...89 D. de cond. 35. 1. L. 44 §. 1 D. de leg. II. L. 12 D. de prob. 22. 3. L. 7 pr. C. de legat. 6. 37.

7. Erwerb des Vermächtniſſes.

a) Anfall und Erwerb des Vermächtniſſes[1].

§. 62.

Mit dem Anfall des Vermächtniſſes, welcher in der Regel zur Todeszeit des Erblaſſers (§. 545. 705)[a], bei bedingten Vermächtniſſen jedoch erſt zur Erfüllungszeit der Bedingung (§. 703)[b] ſtattfindet, erlangt der Bedachte eine feſte und regelmäßig vererbliche Anwartſchaft auf das Vermächtniß (Recht auf das Vermächtniß, §. 684), ſomit die rechtliche Möglichkeit, daſſelbe anzunehmen oder auszuſchlagen (dies legati cessit)[c]. Die Erwerbung des angefallenen Vermächtniſſes erfolgt nicht von ſelbſt[2], ſondern nur mit Wiſſen und durch Willen des Bedachten, der jedoch die Annahme des Vermächtniſſes weder in beſtimmter Form noch insbeſondere vor Gericht zu erklären braucht[3]. In Anſehung der Fähigkeit zur Annahme und Ausſchlagung eines Vermächtniſſes gelten dieſelben Regeln wie bei der Erbſchaft[4]. Das Vermächtniß muß ganz angenommen oder ganz[d] ausgeſchlagen werden[5]. Ausſchlagung eines Theiles iſt wirkungslos, in der Annahme eines Theils liegt die Annahme des Ganzen[e]. Annahme wie Ausſchlagung eines Vermächtniſſes iſt unwiderruflich (arg. §. 806)[6]. Von mehreren Vermächtniſſen kann der Bedachte das eine annehmen, das andere ausſchlagen, dafern dies nicht offenbar dem Willen des Erblaſſers zuwider iſt[f].

Anm. [1] Fitting, wie werden vermachte eigene Sachen des Erblaſſers von Seite des Vermächtnißnehmers erworben? im civ. Arch. Bd. 42 Nr. 8. Köppen, zur Lehre vom Erwerb der Erbſchaft und des Vermächtniſſes, in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 Nr. 4 S. 184 fg. 377.

[a] L. 5 §. 1. L. 7 pr. §. 1 D. quando dies 36. 2. L. 6 C. eod. 6. 53. [b] L. 4 pr. L. 5 §. 2...5. L. 7 §. 5. L. 21 pr. L. 22 D. eod. L. 41. 59 pr. L. 69. 107 D. de cond. 35. 1. L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7. [c] Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat 36. 2. Cod. quando dies legati vel fideicommissi cedit 6. 53. System II §. 83 Note 7. [d] L. 4. 6. 23 D. de leg. II. L. 38 pr. D. de leg. I. [e] L. 58 D. de leg. II. [f] L. 5 D. de leg. II. cf. L. 101 pr. D. de leg. I. L. 10 D. de usu leg. 33. 2. L. 22 pr. D. de fideic. lib. 40. 5.

[2] Der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre zufolge (System II §. 72 Note 5. §. 94 Note 8) findet der Erwerb des Vermächtnisses von selbst (ipso jure), ohne Wissen und Willen des Bedachten statt (L. 77 §. 3 D. de leg. II. L. 16 §. 1 D. qui test. fac. 28. 1. L. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7), so daß Anfall und Erwerb, Delation und Acquisition des Vermächtnisses nicht zu trennen sind, dem Bedachten jedoch freisteht, das erworbene Legat hinterher auszuschlagen. Gegen diese feststehende und fast ganz unbestrittene Ansicht hat neuestens Köppen in der angeführten Abhandlung Einsprache erhoben, welche jedoch m. E. nicht geeignet ist, die herrschende Lehre zu erschüttern. (Eines der Hauptargumente Köppen's, daß man das einmal erworbene Legat nicht wieder repudiiren könne, widerlegt sich schon durch L. 19 §. 1 D. quemadm. serv. amitt. 8. 6 und durch die Erwägung, daß jener Grundsatz eben nur für den definitiven Erwerb gilt.) Für das österr. Recht ist jedoch kein triftiger Grund vorhanden, einen ipso jure stattfindenden Erwerb des Legats mit der Möglichkeit der Rückgängigmachung desselben ex post zu statuiren: vielmehr ist bei Vermächtnissen wie bei Erbschaften ein positives Wollen, nicht ein bloßes Nicht-Wollen des Honorirten erforderlich (vgl. Fitting S. 156 fg.). Dafür spricht schon der in §. 684 gewählte Ausdruck: „Recht auf das Vermächtniß" (Anm. 3), welcher in dieser Beziehung dieselbe Bedeutung hat, wie der Ausdruck „Erbrecht" in den §§. 536. 537, woraus doch auch nicht zu folgern ist, daß die Erbschaft ipso jure erworben werde und nur hinterher wieder ausgeschlagen werden könne. Vgl. auch §. 650. 689. Das Interesse des Legatars ist hinlänglich gewahrt, wenn er das Recht der Annahme oder Ausschlagung des Vermächtnisses auf seine Erben transmittirt: in diesem Punkt concentrirt sich die ganze praktische Bedeutung des dies legati cedens. cf. L. 2. 3. 5 pr. §. 1. L. 7. 8. 22 §. 1 D. h. t. 36. 2. System II §. 83 Note 7. Brinz S. 948. 949. Der Unterschied beider Behandlungsweisen zeigt sich praktisch im Fall der Ernennung eines Vulgarsubstituten (cf. L. 3 §. 1. 2. L. 11 §. 1 D. de adim. leg. 34. 4. L. 25 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1), da nach österr. Recht (vgl. auch Ellinger zu §. 684) der Substitut dem Erben des Legatars, der sich über die Annahme des Legats noch nicht erklärt hatte, vorgeht (vgl. Köppen S. 206 fg.), während nach der entgegengesetzten Ansicht die Erben dem Substituten vorgehen, da das Vermächtniß von selbst erworben ist (Zimmern im civ. Arch. Bd. 9 Nr. 18). — Die herrschende gemeinrechtliche Lehre über den Vermächtnißerwerb ipso jure ist in das preuß. Landr. (Koch II §. 869), in das sächs. Gesetzb. §. 2426. 2427 und in den hess. Entwurf Art. 286 übergegangen.

[3] Von dem Erwerb des Vermächtnißrechts ist der Erwerb des vermachten Rechts wohl zu unterscheiden. Vgl. auch Puchta, Vorles. zu §. 541. Überhaupt sind hier drei Positionen zu machen: das Recht auf das Vermächtniß (Recht zu der Einzelnachfolge, Recht zur Annahme oder Ausschlagung des Legats), das Recht aus dem Vermächtniß (Recht aus der Einzelnachfolge, Vermächtnißrecht), und das Recht an dem Vermächtniß (Recht an dem vermachten Objekt, Eigenthumsrecht u. s. f. ex causa legati).

[4] Insbesondere kann auch der Masseverwalter dem Cridatar angefallene Vermächtnisse annehmen. Hfdkrt v. 8. Mai 1835 Anh. Nr. 62. Conc. Ordn. 25. Dez. 1868 §. 4. Dieses Recht steht aber sonstigen Gläubigern eines Legatars nicht zu.

cf. L. 6 §. 4 D. quae in fraud. credit. 42. 8. L. 1 §. 6 D. si quid in fraud. 38. 5. Vgl. oben §. 36. Anm. 7.

[5] Dagegen kann auch nach österr. Recht (§. 684), jeder der Erben eines Legatars, der sich noch nicht erklärt hatte, seinen Antheil für sich unabhängig von den Miterben annehmen oder ablehnen, da auf jeden von ihnen der Anspruch auf das Vermächtniß nur zum Theil übergeht. L. 38 pr. D. de leg. I. Köppen S. 213. 214.

[6] Nach österr. Recht ist Agnition wie Repulsion des Vermächtnisses sofort nach dem Tode des Erblassers gültig und wirksam. Vgl. oben §. 36 Anm. 9. §. 37 Anm. 2. Die Bestimmung des röm. Rechts, wonach beides erst möglich ist, wenn dies legati venit (L. 45 §. 1 D. de leg. II. cf. L. 16 D. de opt. leg. 33. 5. Köppen S. 204) entspricht unserer heutigen Anschauung nicht, da wir gewohnt sind, auch mit künftigen Rechtsverhältnissen zu operiren und anticipirend rechtswirksame Verfügungen zu treffen. Vgl. auch L. 21 §. 4 D. de pact. 2. 14 und Brinz S. 954.

b) Folgen des Nichterwerbs.

§. 63.

Erwirbt ein Legatar aus welchem Grund immer das ihm zugedachte Vermächtniß nicht, so wird, falls nicht etwa ein Nachberufener an seine Stelle tritt (§. 652. 689), der Vermächtnißträger von der ihm auferlegten Vermächtnißlast befreit (§. 689)[1]; war jedoch dem wegfallenden Legatar ein Weitervermächtniß auferlegt, so muß der befreite Vermächtnißträger dasselbe entrichten[a] oder das erledigte Vermächtniß dem Sublegatar überlassen (§. 650)[2]. Sind mehrere Personen zu demselben Vermächtniß[b] ohne Theilbestimmung oder unter dem Ausdruck gleicher Theilung[3] berufen, so wächst, falls nicht ein Nachberufener eintritt, der erledigte Antheil sammt den darauf liegenden Lasten[c] den übrigen Collegataren, und zwar bei dem Wegfall eines auch dem Ausdruck und der Intention nach verbundenen Collegatars zunächst den in derselben Satzverbindung Berufenen[d], von selbst und unabweislich zu (§. 689. 563)[4]. In allen übrigen Fällen findet, dafern nicht ein anderweitiger Wille des Erblassers bestimmt ausgesprochen[e] oder doch mit Sicherheit erkennbar ist, ein Anwachsungsrecht unter Vermächtnißnehmern nicht statt[5].

[a] L. 9 D. de usu leg. 33. 2. L. 29 pr. D. de leg. II. [b] L. 80 D. de leg. III. L. 84 §. 12 D. de leg. I. L. 1 §. 3. L. 3 pr. D. de usufr. accr. 7. 2. L. 34... 36 D. ad leg. Aquil. 9. 2. §. 8 I. de leg. 2. 20. [c] L. 54 §. 1 D. de cond. et demonstr. 35. 1. cf. L. 30. 56 eod. [d] L. 89 D. de leg. III. L. 34 pr. D. de leg. I. L. 1 §. 2. L. 7. 9 D. de usufr. accr. 7. 2. [e] L. un. §. 11 C. de caduc. toll. 6. 51. cf. L. 23 §. 1 i. f. C. de leg. 6. 37.

Anm. [1] Der Schlußſatz des §. 689 hat nur den gewöhnlichen Fall vor Augen, daß der Onerirte der Erbe iſt: es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß der Gegenſtand des erledigten Vermächtniſſes bei dem jeweiligen Onerirten verbleibt. L. un. §. 4 C. de cad. toll. 6. 51.....manere apud eos a quibus sunt derelicta, heredes forte vel legatarios vel alios, qui fideicommisso gravari possunt, nisi et in hunc casum vel substitutus vel conjunctus eos antecedat. L. 17 pr. L. 60 D. de leg. II. A. L. R. I 12 §. 367. Winiwarter III S. 221. Stubenrauch II S. 513.

[2] Zu eng iſt der in §. 650 gebrauchte Ausdruck: „nimmt er aber das Legat nicht an", da es in dieſer Beziehung nur auf die Thatſache des Richterwerbs, nicht auf den Grund deſſelben ankommen kann: neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. L. un. §. 4 C. cit. 6. 51. Francke, wann werden Vermächtniſſe ungültig durch das Wegfallen des damit Beſchwerten? nebſt Bemerkungen zum Accreſcenzrecht, in den Beiträgen zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien (1828) Nr. 6.

[3] Man kann freilich auch ſo argumentiren, daß mehrere Legatare, welche „ausdrücklich zu gleichen Theilen" (§. 689) berufen ſind (oder mehrere „unter dem allgemeinen Ausdruck gleicher Theilung" eingeſetzte Erben, §. 560), wenn auch zu gleichen Theilen, ſo doch immer zu Theilen berufen, alſo in der That nicht mit demſelben Gegenſtand, ſondern nur mit gleichen Theilen deſſelben Gegenſtandes bedacht, ſomit nicht Collegatare (Stellen der Note b), ſondern nur verbis conjuncti ſeien. Dies iſt der Standpunkt des röm. Rechts, ſowohl bei Einſetzung mehrerer Erben aequis partibus (L. 66 D. de her. inst. 28. 5; ebenſo noch das weſtgal. Geſetzb. II §. 352), als bei einem Vindicationslegat aequis partibus (L. 89 D. de leg. III. L. 11 D. de usufr. accr. 7. 2) und bei Damnationslegaten überhaupt, da damnatio partes facit (Gaj. II 205. Ulp. XXIV §. 13. Fragm. Vat. §. 85). Allein gegen dieſe Auffaſſung läßt ſich andererſeits geltend machen, daß der Erblaſſer die mehreren Perſonen nicht auf gleiche Theile, ſondern auf denſelben Gegenſtand zu gleichen Theilen eingeſetzt habe, ſo daß die Mitbedachten nicht in Folge der Anordnung ſelbſt (ab initio) partes habent, ſondern daß erſt hinterher concursu partes fiunt. In der That wollte der Erblaſſer durch den Beiſatz „zu gleichen Theilen" nur dasjenige ausſprechen, was ohnehin ſchon in der einfachen Berufung Mehrerer zu demſelben Gegenſtand von ſelbſt enthalten iſt (§. 555), ſo daß in jenem Zuſatz nicht die Poſition der Beſchränkung jedes Berufenen auf den durch die arithmetiſche Theilung ſich ergebenden beſtimmten Antheil, ſondern nur die Negation ungleicher Antheile (reſp. der Stammtheilung) für den Fall der wirklichen Theilung, alſo eine bloße Angabe des Theilungsmodus (Anm. 5), zu ſehen iſt. cf. L. 13 pr. de her. inst. 28. 5. Vgl. auch Motive zum heſſ. Entw. S. 94. Dworzak (Anm. 4) S. 88. Die Vorſchrift des §. 689 iſt in dieſem Punkte von Dalwigk, Erbr. II §. 115 mißverſtanden worden, wie ſchon Rippel IV S. 364 Note 1 bemerkt hat.

[4] Über das Anwachſungsrecht unter Collegataren nach gem. Recht vgl. Francke in der Anm. 2 angeführten Abhandlung. Roßhirt I S. 589 fg. II S. 348 fg. Mayer, das Recht der Anwachſung (1835) S. 85...230. K. A. Schneider, das

altcivile und juſtinianiſche Anwachſungsrecht bei Legaten und die caducariſchen Beſtimmungen der lex Julia et Papia (1837. 309 S.). Dazu Huſchke in Richter's krit. Jahrb. 1838 I S. 307 fg. Witte im R. L. I S. 313 fg. Burchardi, über das Anwachſungsrecht bei Vermächtniſſen, in den Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 5 Nr. 1. Dworzak, Beiträge zur Lehre vom jus accrescendi, insbeſondere bei Legaten und Verſuch einer Interpretation der L. 41 pr. D. de leg. II., in der öſterr. Viertelj. Bd. 8 Nr. 1. — Das R. R. macht in ſeiner Weiſe einen Unterſchied zwiſchen Legataren, welche re, und ſolchen, welche re et verbis conjuncti ſind (vgl. insbeſ. Puchta, Vorleſ. zu §. 542. Roßhirt I S. 606 fg. Brinz S. 955. 956). In jenem Fall (Titio fundum do lego, Sejo eundem fundum do lego) iſt eigentlich jeder Legatar direkt und primär zu dem Ganzen berufen und nur die Realiſirung dieſes Rechts wird durch die Concurrenz der anderen zu demſelben Gegenſtand Berufenen geſchmälert (partes concursu fiunt L. 80 D. de leg. III): fällt daher ein ſolcher Collegatar hinweg, ſo accreſcirt eigentlich jenem nichts, ſondern es decreſcirt ihm vielmehr nur nichts, daher die ſog. Accreſcenz in dieſem Fall ipso jure und sine onere ſtattfindet. L. un. §. 11 C. de cad. toll. 6. 51. ... Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida ejus sit; quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur; si vero nemo alius veniat, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii adcrescit, sed apud ipsum qui habet solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona ejus, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum tantum legatum imminutum habet. Sed et varietatis non in occulto sit ratio, quum ideo videatur testator disjunctim hoc reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat... Nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas conjunctim ea disponere. Sind dagegen die Legatare re et verbis conjuncti (Sejo et Titio fundum do lego), ſo iſt von Haus aus (prima facie) jeder nur in Gemeinſchaft mit Anderen, nicht für ſich, mit dem Ganzen bedacht, alſo im Grunde nur zu einem Antheil und zu einer Gemeinſchaft berufen, daher in dieſem Fall der freigewordene Theil den Collegataren nicht aufgedrungen werden ſoll, ſondern ihnen nur mit ihrem Willen, dagegen aber auch cum suo onere, im wahren Sinn des Worts zuwächſt. L. un. §. 11 C. cit. verb. Ubi autem legatarii etc. Vgl. auch Huſchke S. 331 gegen Schneider S. 257 fg.; nur iſt Huſchke's Entſcheidung und Unterſcheidung S. 331 Note * gewiß unrichtig. Das öſterr. Geſetzb. (weſtgal. Geſetzb. II §. 478) hat dieſe feine Unterſcheidung fallen laſſen: alle Collegatare werden, ſie mögen in demſelben Satz oder in getrennten Verfügungen mit demſelben Vermächtniß bedacht ſein, wie re tantum conjuncti angeſehen und behandelt, ſo daß ihnen der freigewordene Theil ipso jure zuwächſt oder vielmehr verbleibt, jedoch (abweichend vom röm. Recht) cum suo onere, da ſie doch immerhin durch den Wegfall des concurrirenden Mitlegatars gewinnen, indem ſie den Theil behalten, wenn auch nicht erhalten, der ſonſt an jenen gekommen wäre.

[5] Cf. L. 1 pr. L. 11. 12 D. de usufr. accr. 7. 2. So findet insbesondere ein Anwachsungsrecht nicht statt, wenn mehrere Legatare bloß im Ausdruck verbunden sind (verbis conjuncti), sollten sie auch in derselben Satzverbindung zu bestimmten (gleichen oder ungleichen) Theilen desselben Ganzen berufen sein (§. 689. 562), es müßte denn ein anderer Wille des Erblassers erweislich sein; arg. L. 15 §. 1. L. 16 §. 2 D. de leg. I. L. 5. §. 1 L. 6. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5 und zu diesen Stellen Mayer S. 131 fg. Vgl. ferner Seuffert §. 621 Note 5 lit. b. Im gemeinen Recht ist dieser Punkt sehr bestritten. Puchta §. 542. Vangerow §. 547. Arndts §. 556 Anm. 5. Burchardi in der Anm. 4 angeführten Abhandlung. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 368...370 und dazu Bornemann, System VI S. 84. Die ganze Frage ist (trotz der Einsprache Burchardi's) lediglich eine Interpretationsfrage. Es kommt darauf an, ob der Erblasser bei der Anweisung bestimmter Theile die Absicht hatte, jeden auf den ihm zugewiesenen Theil zu beschränken (z. B. mein Haus vermache ich dem A B und C, und zwar dem A die eine Hälfte, die andere Hälfte dem B und C), oder ob er hiemit nur den Modus der Vertheilung des gemeinschaftlichen Legats bezeichnen wollte, so daß eventuell jedem doch das Ganze zugedacht sein sollte (tota legata singulis data L. 80 D. de leg. III; z. B. mein Haus vermache ich dem A B und C gemeinschaftlich, und zwar sollen sie es dergestalt unter sich theilen, daß auf A die eine Hälfte, auf B und C die andere Hälfte kommt): im Zweifel ist das Erstere anzunehmen. Übrigens versteht es sich von selbst, daß auch nach österr. Recht, wenn in demselben Satz oder in getrennten Verfügungen zu bestimmten Theilen derselben Sache berufene Legatare in der Ausmessung derselben dadurch verkürzt werden, daß andere Legatare mit derselben Sache ganz oder zum Theil bedacht sind (z. B. A und B sollen jeder die Hälfte meines Hauses haben, auch dem C vermache ich mein Haus, oder: auch C soll die Hälfte meines Hauses bekommen, cf. L. 142 D. de V. S.), der Wegfall eines dieser Legatare allen übrigen proportionell (bis zur Größe des jedem ursprünglich Zugedachten) zu statten kommt, da sie durch die Gemeinsamkeit des zu vertheilenden Gegenstandes miteinander verbunden sind und der Antheil eines jeden Einzelnen um so größer wird, je Wenigere an der Theilung partizipiren. L. 41 pr. D. de leg. II. Zu dieser vielbesprochenen Stelle vgl. Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben S. 235 fg. Roßhirt I S. 609 fg. Huschke S. 312. 313. Dworzak S. 78 fg., dessen Entscheidung (S. 91) für das österr. Recht mir jedoch nicht richtig scheint.

8. Das Recht aus dem Vermächtniß.

a) Der Vermächtnißanspruch.

§. 64.

Aus dem erworbenen Vermächtniß entsteht für den Bedachten ein persönlicher Anspruch gegen den Beschwerten auf Gewährung des Vermachten (actio legati)[a]; unmittelbarer Erwerb des vermachten dinglichen Rechts findet in keinem Falle statt (§. 684)[1]. Der Ver-

[a] L. 1 C. comm. de leg. 6. 43. §. 2 I. de leg. 2. 20. L. 75 D. ad leg. Falc. 35. 2.

mächtnißanſpruch iſt nicht bedingt durch den Antritt des eingeſetzten Erben[2]. Er kann, wenn es ſich um Sachen oder Rechte aus der Erbſchaft handelt[3], ſogleich[b] nach dem Tode des Erblaſſers[4], bei anderen Gegenſtänden, insbeſondere wenn Geldſummen vermacht ſind[c], in der Regel erſt ein Jahr nach dem Tode des Erblaſſers geltend gemacht werden (§. 685[5], dies legati venit), außer wenn das Vermächtniß zu frommen Zwecken[6] oder zur Belohnung des Dienſtgeſindes in mäßigem Umfang[7] angeordnet iſt (§. 685), oder wenn es den Pflichttheil (§. 774)[8] oder den Unterhalt (§. 691) zum Gegenſtande hat, oder wenn der Erblaſſer ausdrücklich die frühere Entrichtung deſſelben angeordnet hat[d]. Durch Hinzufügung einer Bedingung oder Betagung kann aber der Zeitpunkt der Geltendmachung des Vermächtnißanſpruchs noch weiter hinausgeſchoben werden[e]. Der Legatar darf ſich nicht eigenmächtig in den Beſitz des vermachten Gegenſtandes ſetzen[f]; iſt dies dennoch geſchehen, ſo kann der Erbe Reſtitution[g] und, wenn dieſe unmöglich iſt, Erſatz des etwaigen Intereſſe[h] fordern.

Der Beſchwerte ſteht in Folge der Erbantretung reſp. des Erwerbs des beſchwerten Legats in einem Obligationsverhältniß zu dem Bedachten[i]. Er muß den vermachten Gegenſtand vollſtändig[k] gewähren, ohne ſich in der Regel (vgl. §. 662) durch die Leiſtung des Werthes deſſelben befreien zu können[l]; er haftet durchwegs[m] für jedes Verſchulden[n] und vom Eintritt des Verzugs an nach allgemeinen Regeln für den zufälligen Untergang[o] ſowie für Früchte und Zinſen[p] des vermachten Gegenſtandes[q]; dagegen hat der Beſchwerte Anſpruch auf Erſatz der auf das Vermächtniß aufgewendeten Koſten[q]. Iſt eine fideicommiſſariſche Subſtitution angeordnet (§. 652), ſo

[b] Vgl. §. 904. [c] cf. L. 71 §. 2 D. de leg. II. L. 30 pr. D. de leg. I. [d] L. 30 §. 2 D. de leg. I. [e] L. 21 pr. D. quando dies 36. 2. L. 30 §. 1. 4. 5. D. de leg. I. [f] Dig. quod legatorum 43. 3. Cod. eod. S. 3. Syſtem II §. 111. [g] L. 1 §. 2. 6. 8. 10. 13 D. h. t. [h] L. 1 §. 7 eod. [i] §. 5 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 5 §. 2 D. de O. et A. 44. 7. L. 3 §. 3. L. 4 D. quib. ex caus. 42. 4. [k] cf. L. 44 §. 9 D. de leg. I. L. 84 §. 4 eod. [l] L. 11 §. 25 D. de leg. III. cf. L. 11 §. 17 eod. L. 71 §. 3. 4 D. de leg. I. [m] Syſtem II §. 102 Note 23. cf. L. 108 §. 12 D. de leg. I. [n] L. 47 §. 4. 5 D. de leg. I. L. 26 §. 1. L. 114 §. 19 eod. L. 30 §. 4. 5 D. ad Falc. 35. 2. [o] L. 39 §. 1. L. 47 pr. §. 6 D. de leg. I. L. 22 §. 2. L. 26 D. de leg. III. L. 6 D. de usu leg. 33. 2. L. 3 C. de usur. 6. 47. [p] L. 39 §. 1 cit. L. 78 §. 2. L. 84. 87 §. 1 D. de leg. II. L. 26 D. de leg. III. L. 3 pr. L. 8. 39 D. de usur. 22. 1. L. 1. 2. 4 C. cit. 6. 47. [q] L. 39 pr. D. de leg. I. L. 58...61 D. eod. cf. L. 22 §. 3 D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

darf der Vorberufene den vermachten Gegenstand in der Regel nicht veräußern (arg. §. 613)[10] und hat vom Zeitpunkt des Verzugs an[r] Früchte und Zinsen desselben herauszugeben. Ist das Vermächtniß ein bedingtes oder betagtes, so findet zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten in der Regel dasselbe Rechtsverhältniß statt wie zwischen einem Fiduciar und einem Fideicommissar (§. 707. 708)[11].

Anm. [1] Es gilt also für das österr. Recht der durchgreifende Grundsatz: Jus omne fideicommissi non in vindicatione sed in petitione consistit. Paul. R. S. IV. 1 §. 18. Anders bekanntlich nach R. R., indem der Legatar Eigenthum und andere dingliche Rechte unmittelbar erlangt, dafern die Sache oder das Recht zu dem erbschaftlichen Vermögen gehört. L. 1 C. comm. de leg. 6. 43. cf. L. 76 §. 8 D. de leg. II. Mayer §. 7. Arndts §. 560. Ebenso verhielt es sich noch der Hauptsache nach im westgal. Gesetzb. II §. 443. 444. 445. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 288. 314 und dazu Koch II §. 884. Sächs. Gesetzb. §. 2451. Die Neuerung, welche das bürg. Gesetzb. gemacht hat (dessen Vorbild das zürch. Gesetzb. §. 2088 und der hess. Entw. Art. 297 gefolgt sind), ist von sehr problematischem Werth, da hienach der Legatar nicht hinlänglich geschützt ist, wenn der Erbe die Sache mittlerweile veräußert. Hat doch schon bei den Fideicommissen des früheren röm. Rechts das Bedürfniß dahin geführt, dem Fideicommiß der eigenen Sache des Erblassers eine Wirksamkeit gegen Dritte zu verleihen und dem Fideicommissar unter gewissen Voraussetzungen eine in rem missio gegen den dritten Besitzer zu gewähren. Paul. R. S. IV 1 §. 15. Marezoll in der Gieß. Zeitschr. Bd. 9 S. 130 fg. Roßhirt I S. 516 fg. Bangerow §. 532 Anm. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 21 fg. 28 fg.

[2] Anders nach röm. Recht, indem jedes Vermächtniß die stillschweigende Bedingung: si institutus heres erit enthält, daher der früheste Termin für die Geltendmachung des Vermächtnisses der Antritt des onerirten Erben ist. L. 7 pr. D. quando dies. 36. 2. L. 32 pr. D. de leg. II. Nach österr. Recht dagegen ist recht eigentlich die Vermächtnißschuld eine Erbschaftsschuld (cf. L. 40 D. de O. et A. 44. 7. L. 1 §. 3 D. ut legat. 36. 3. L. 1 C. de bonis 7. 72. Brinz §. 207), welche der jeweilige Erbe zu übernehmen hat, daher unter Umständen die Geltendmachung des Legats auch noch vor dem Erbschaftsantritt stattfinden kann und der Verlassenschaftscurator die Aufgabe hat, wie die Erbschaftsgläubiger so die Vermächtnißnehmer zu befriedigen (§. 129 Ges. v. 9. Aug. 1854 vgl. §. 131 ebda). Nur insofern die eigene Sache des instituirten Erben vermacht ist (§. 662), enthält auch nach österr. Recht das Vermächtniß die conditio juris (cf. L. 6 §. 1 D. quando dies 36. 2. L. 99 D. de cond. 35. 1): si institutus heres erit.

[3] Hieher gehört nach heutigem Recht (anders noch nach der Verordn. v. 12. April 1737 §. 1. 8 und dem westgal. Gesetzb. II §. 472) doch wohl auch das Wahlvermächtniß von Nachlaßsachen (§. 656. 657), da auch in diesem Fall der zu leistende Gegenstand nicht erst angeschafft zu werden braucht und daher die Ratio der

[r] cf. L. 18 pr. §. 2. L. 44 §. 1 D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

Hinausschiebung der Erfüllungsfrist nicht zutrifft. Vgl. auch Winiwarter III S. 210 und in der Anm. 5 angef. Abh. S. 186. 187; a. M. Zeiller II S. 635. Rippel IV S. 349 fg. 352 fg.. Stubenrauch II S. 501. Nur leidet ein solches Legat den in der Sache selbst liegenden Aufschub, daß der Antritt des Erben abgewartet werden muß, weil und wenn der Regel gemäß (§. 656) dem Erben das Wahlrecht zusteht. Selbst bei dem Legat von Geld kann sofortige Erfüllung gefordert werden, wenn dasselbe nicht als eigentliche Geldsumme (numerata pecunia) legirt ist, sondern wenn in Folge localer Individualisirung (nummi in arca) die einzelnen Geldstücke (corpora nummorum) als vermacht zu betrachten sind. L. 30 §. 6. L. 34 §. 4. L. 51. L. 108 §. 10 D. de leg. I. L. 1 §. 7 D. de dote prael. 33. 4. L. 30 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2. (Über die Schlußworte der L. 108. §. 10 cit. vgl. Mommsen, Beitr. I S. 51.)

[4] Der Legatar kann zu diesem Ende im Fall der Verzögerung der Erbschaftsantretung gleich den Erbschaftsgläubigern (§. 811) die Aufstellung eines Curators verlangen und seinen Vermächtnißanspruch gegen die Erbmasse geltend machen. Zeiller II S. 635. 648. Übrigens kann selbst ein sofort geltend zu machender Vermächtnißanspruch in manchen Fällen einen in den Umständen selbst begründeten Aufschub erleiden (dilationem ex re ipsa accipit): so in den Fällen der Anm. 3 und 8, bei Stiftungsvermächtnissen (System I §. 44 Nr. I. Stubenrauch II S. 506) und in dem Fall, daß die Erbmasse zur Bedeckung der Legate nicht ausreicht (§. 691 fg.; vgl. §. 129 Ges. v. 9. Aug. 1854 verb. „sobald es mit Sicherheit geschehen kann").

[5] Diese Bestimmung ist in Österreich althergebrachtes Recht. Unger, die Verl. Abh. S. 83 Note 7). Insbesondere wurde in diesem Sinn durch die Verordn. v. 12. April 1737 (Cod. Austr. IV p. 920 sq. De Luca, Justizcodex Bd. 2 S. 171 fg.) die Frist für die Entrichtung der Legate geregelt. Winiwarter, von dem Zahlungstage der Vermächtnisse, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1830 I Nr. 11. Im Zusammenhang hiemit wird man wohl auch für das heutige Recht behaupten dürfen, daß bei Berechnung des Jahres die sog. verlängernde Rechnungsweise stattfinde (System II S. 296. 297), wonach der Sterbetag selbst nicht gezählt wird. Verordn. v. 12. April 1737 §. 1 „. . . . also daß ein Erb nicht gehalten seyn solte, noch angehalten werden möge, vor Ausgang des Jahrs das Legat abzuführen, dergestalt, daß wenn der Testator zum Exempel den 1. May dieses Jahres gestorben wäre, der Erb vor dem 2. May künftigen Jahres, als an welchem Tag diese Zeit erst vollkommen verflossen, das Legat abzuführen nicht schuldig seyn solle." Vgl. Winiwarter in der angeführten Abhandlung S. 172 fg. Rippel IV S. 354. Stubenrauch II S. 500. Dagegen ist die Vorschrift des §. 2 der angeführten Verordnung, derzufolge „nach verstrichenem Jahr der Erb das Legat sogleich abzuführen hat, allenfalls die usuras seu interesse dem Legatario zu ersetzen schuldig seyn, ob schon auch der Legatarius entweder gar nicht oder um viel später, v. g. erst nach zwey oder drey Jahren oder auch noch später sich meldete" mit Recht in das bürg. Gesetzb. nicht aufgenommen worden: in Ermangelung einer positiven Anordnung so singulären Inhalts tritt allgemeinen Grundsätzen zufolge (§. 913) die Verpflichtung zur Herausgabe von Früchten und Zinsen erst mit dem Zeitpunkt der Klagmittheilung oder des Verzugs ein. System II §. 128 Note 35. 44. Unrichtig Zeiller II S. 638.

[6] Auch ist dies althergebrachte Ausnahme: legata piis locis facta (et alimenta) illico praestanda. Unger, die Verl. Abh. S. 83 Note 7. Verordnung v. 12. April 1737 §. 4. Die unter unseren Schriftstellern viel und verschieden besprochene Frage (vgl. die verschiedenen Ansichten bei Stubenrauch II S. 504 fg.), was unter einem Vermächtniß zu frommen Zwecken (legatum ad pias causas) zu verstehen sei, ist im Einklang mit der gemeinrechtlichen Auffassung, aus welcher Begriff und Ausdruck in §. 685 hervorgegangen ist (in §. 4 der angeführten Verordnung heißt es ebenso schlechthin: legata pia), dahin zu beantworten, daß darunter Vermächtnisse an die Kirche (insbesondere auf Messen und zur Ruhe der Seele, vgl. Hfdkrt v. 1. März 1809 und 17. Sept. 1812. Michel II Nr. 1068. 1069), an die Armen (vgl. Hfdkrt v. 22. Dez. 1788, J. G. S. Nr. 938, und Anh. Nr. 56 verb. „für Arme oder sonst zu frommen Zwecken") und an alle Wohlthätigkeitsanstalten, wie an Armenhäuser, Waisenhäuser und Krankenhäuser, nicht aber auch Vermächtnisse an Schulen und Universitäten sowie an andere gemeinnützige Anstalten (vgl. §. 778) zu verstehen sind. Vgl. Mühlenbruch Bd. 42 S. 132. Schulte in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 8 S. 187 fg.

[7] Verordnung v. 12. April 1737 §. 5 „. . . die Frage aber: was für ein Legat pro modico zu halten? sollte dem vernünftigen Ermessen eines jeglichen Richters überlassen seyn." Nach dieser Verordnung sollten jedoch überhaupt legata modica, „besonders jene so den Bedienten vermacht worden", sofort entrichtet werden. Die Bestimmung des §. 4 und 5 dieser Verordnung, wonach solche Legate vom Todestage an dem Legatar zu verzinsen sind, ist gleichfalls in das bürg. Gesetzb. nicht aufgenommen worden und es hat daher insbesondere auch bei frommen Legaten der Onerirte Zinsen erst vom Tag der Ladung oder des Verzuges an zu entrichten. System II §. 128 Note 44. Prockner im Jur. Bd. 3 S. 350 fg. Darüber, daß auch aus dem Hofkzld. v. 27. Juni 1822 (J. G. S. Nr. 1880) nicht die Verpflichtung abgeleitet werden könne, fromme Legate vom Sterbetag an zu verzinsen, vgl. insbes. Prockner S. 361 fg. 372 und Stubenrauch II S. 507 Note *. Unrichtig Zeiller II S. 638 und Ellinger zu §. 686. Die Berufung des Letzteren auf §. 1334 ist ganz verfehlt, da §. 685 nur den Zeitpunkt bestimmt, wann das Vermächtniß „gefordert" werden kann, der Schuldner aber nicht verpflichtet ist, ultro se offerre (§. 1417. System II §. 109 Note 10); auch ergibt sich von selbst aus der Anordnung des §. 686, welcher dem §. 8 der Verordnung v. 12. April 1737 entlehnt ist, daß der Erbe sich nicht etwa vom Todestage an in einer sog. mora ex re (cf. L. 46 §. 4 C. de episcop. 1. 3) befindet.

[8] Vgl. auch die angef. Verordnung §. 6. cf. L. 36 §. 1 C. de inoff. test. 3. 28. Zeiller II S. 635. 786. Mit Unrecht sind Winiwarter in der angef. Abhandlung S. 187 und Stubenrauch II S. 508 a. M.: wenn sie sich darauf berufen, daß „ja die richtige Ausmessung des Pflichttheils voraussetze, daß die Verlassenschaft bereits ins Reine gebracht sei", so folgt daraus nur, daß sich der Legatar diese Dilation ex re ipsa gefallen lassen müsse (Anm. 4), und würde ja diese Bemerkung ebenso sehr auf die Forderung des Legats des Pflichttheils nach Jahresfrist passen.

[9] Ist der vermachte Gegenstand ohne Verschulden und Verzug des Onerirten beschädigt oder verloren worden, so hat derselbe nur seine etwaigen Ansprüche auf

Schadenersatz dem Bedachten abzutreten (L. 15 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2), sowie für den Fall der Wiedererlangung der Sache Verabfolgung derselben zuzusichern. L. 47 §. 2...4. L. 69 §. 5 D. de leg. I.

[10] Vgl. oben §. 48. Hätte der vorberufene Legatar gesetzwidrig veräußert, so kann der nachberufene Legatar bei Eintritt des Restitutionsfalls Cession der jenem etwa (vgl. §. 367. 468. 527) zustehenden Vindicationsklage verlangen.

[11] Doch sind auch die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte zu restituiren, wenn der Zeitpunkt der Entrichtung des Vermächtnisses erwiesener Maßen nur zum Vortheil und im Interesse des Legatars vom Erblasser hinausgerückt wurde. L. 43 §. 2 D. de leg. II. L. 3 §. 3 D. de usur. 22. 1. L. 21 §. 2 D. de annuis leg. 33. 1.

b) Sicherung des Vermächtnißanspruchs.

§. 65.

Der Erbe hat die Verpflichtung, den Honorirten von dem ihm zugefallenen Vermächtniß in Kenntniß zu setzen und sich hierüber vor dem Abhandlungsgericht auszuweisen (§. 817 Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 161). Im übrigen wird für das Interesse der Legatare in der Regel nicht von amtswegen gesorgt[a] und insbesondere die Einantwortung des Nachlasses nicht bis zur nachgewiesenen Entrichtung der Legate hinausgeschoben[1]. Sind jedoch Vermächtnisse zu frommen oder gemeinnützigen Zwecken ausgesetzt, so darf die Einantwortung der Verlassenschaft nicht vor ausgewiesener Bezahlung oder Sicherstellung derselben erfolgen (§. 159 Ges. v. 9. Aug. 1854)[2]; und ist ein Legatar pflegebefohlen, so ist dessen Vormund von amtswegen zu verständigen (§. 83 ebda) und das Vermächtniß entweder gerichtlich zu hinterlegen oder gehörig sicher zu stellen (§. 160 ebda)[3].

Wenn die Entrichtung des Vermächtnisses aus irgend welchem Grunde einen Aufschub erleidet oder wenn das Vermächtniß in wiederkehrenden Leistungen besteht, so kann der Legatar nach wie vor der Einantwortung des Nachlasses auf gesetzmäßige[b] Sicherheitsleistung dringen (§. 161 Ges. v. 9. Aug. 1854)[4], deren Bestellung er überdies in allen Fällen, in welchen sie sonst ein Gläubiger zu fordern berechtigt ist[c], verlangen kann (§. 688). Besonderer Schutz der Vermächtnißforderung durch gesetzliches Pfandrecht findet nicht statt[5]. Unter den gehörigen Voraussetzungen können die Legatare

[a] Westgal. Gesetzb. II §. 634. [b] §. 1373. 1374 a. b. G. B. [c] Vgl. G. B. O. für Ungarn §. 387 fg.

die Rechtswohlthat der Gütertrennung in Anſpruch nehmen (§. 812)[d]: ſie ſtehen auch dann zwar den Gläubigern des Erblaſſers nach, gehen aber den Gläubigern des Erben vor (oben §. 41).

Anm. [1] In früherer Zeit ging die amtliche Sorgfalt und Thätigkeit für die Legatare ſo weit, daß der Nachlaß unter eigener Verantwortlichkeit des Abhandlungsgerichts dem Erben nicht ausgefolgt werden durfte, bevor ſich derſelbe nicht über die vollſtändige Entrichtung der Legate ausgewieſen oder die Einwilligung der Legatare zur ſofortigen Ausfolgung des Erbvermögens beigebracht hatte. Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 80 fg. 99 fg. 135 fg. Vgl. oben §. 39 Anm. 9.

[2] Vgl. auch Juſt. Min. Erl. v. 22. Dez. 1857. Über die dem Statthalter zu erſtattende Anzeige ſolcher Vermächtniſſe: §. 84 Geſ. v. 9. Aug. 1854.

[3] Daſſelbe gilt, wenn „die Perſon des Legatars noch ungewiß“ oder ihr Aufenthaltsort unbekannt iſt. §. 161 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Über reſp. gegen alle dieſe bevormundenden Beſtimmungen vgl. Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 136 fg. 141 fg.

[4] Die Vorſchrift des §. 161 cit. geht über die Anordnung des §. 688 (weſtgal. Geſetzb. II §. 476), wonach der Legatar nur in den Fällen, „in welchen ein Gläubiger von einem Schuldner Sicherſtellung zu fordern berechtigt iſt, die Sicherſtellung ſeines Legats fordern kann“, mit Recht hinaus. Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 136 Note 1. Über die gemeinrechtliche cautio legatorum servandorum causa (Dig. Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur 36. 3. C. eod. 6. 54) vgl. Roßhirt I S. 509 fg. Arndts im R. L. VI S. 307 fg. und Pandekt. §. 559. Seuffert §. 617. Keller, Grundr. §. 334. Der angeführte §. 161 ſpricht zwar nur von Legaten, „deren Bezahlung entweder wegen noch nicht verſtrichener geſetzlicher Friſt oder wegen einer in dem letzten Willen beigefügten Zeitbeſtimmung oder Bedingung noch nicht gefordert werden kann.“ Dieſe Fälle werden allerdings die Regel bilden (L. 1 pr. §. 11. 14. L. 5 pr. §. 2 D. h. t. L. 9 §. 4 D. ad exhib. 10. 4): ſollte aber das Verlangen der Cautionsleiſtung nicht auch bei ſonſtigen Hinderniſſen der ſofortigen Entrichtung des Legates zuläſſig ſein? cf. L. 15 pr. D. h. t. 36. 3. Etiam de praesenti legato locum habet haec satisdatio: quoniam nonnullas moras exercitio judicii habet. L. 14 pr. L. 5 §. 1 eod. cf. L. 3 pr. D. ut in poss. 36. 4. Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß der Erblaſſer die Cautionsleiſtung erlaſſen kann. L. 12. 18 pr. D. h. t. L. 2. 7 C. h. t. L. 77 §. 3 D. de cond. 35. 1. Samml. Nr. 569.

[5] Dieſer Mangel eines geſetzlichen Pfandrechts an den Erbgütern des Oneriten, wie ſolches das gem. Recht gewährt (L. 1 C. comm. de leg. 6. 43. Löhr im civ. Arch. Bd. 5 Nr. 7. Dernburg, das röm. Pfandr. I §. 40) und in früherer Zeit auch das öſterr. Recht gewährte (Unger, die Verl. Abh. S. 99), iſt bei dem maßloſen Umfang, in welchem die Praxis die Pränotation von Forderungen zuläßt, freilich weniger empfindlich. Vgl. auch Zeiller II S. 642 und weſtgal. Geſetzb. II §. 477. Auch die Vorſchrift des R. R., daß der Oneritе das ihm Hinterlaſſene ver-

[d] L. 6 pr. D. de separat. 42. 6. L. 4 §. 1 eod.

liert, wenn er das Legat binnen Jahresfriſt von der an ihn ergangenen gerichtlichen Mahnung an nicht entrichtet (Nov. 1 c. 4. Mühlenbruch Bd. 39 S. 54 fg. Bangerow II S. 235. 374), beſteht nach öſterr. Recht nicht.

c) Verkürzung des Vermächtnißanſpruchs.

§. 66.

Die Vermächtniſſe beſtehen von vornherein nur ſoweit zurecht, als zur Zeit des Todes des Erblaſſers[a] der Beſtand der Erbſchaft nach Abzug der Schulden[b] und Laſten (§. 549)[c] reicht; doch kann der Erbe, der die Erbſchaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars übernommen hat, ſich nicht auf die Unzulänglichkeit des Nachlaſſes berufen, ſondern muß die Vermächtniſſe im vollen Umfang ihrer Anordnung entrichten[d] (§. 801. 802)[1]. Der Erbe iſt nicht berechtigt, den Vermächtnißnehmern aus dem Grunde der gänzlichen Erſchöpfung des Nachlaſſes durch die Bezahlung der Schulden und die Entrichtung der Vermächtniſſe einen Abzug zu machen (§. 690)[2]. Reicht das durch Inventariſirung feſtgeſtellte, nach ſeinem wahren Werth zur Todeszeit[e] mittelſt gerichtlicher Schätzung[f] berechnete Erbvermögen[3] nach Berichtigung der Schulden und Laſten (§. 694) ſowie des Pflichttheils (§. 786) und der Liquidirungskoſten (§. 802)[g] zur Bedeckung ſämmtlicher Vermächtniſſe nicht hin, ſo iſt das Vermächtniß der Alimente vollſtändig[4] zu entrichten (§. 691)[h], während alle übrigen Vermächtniſſe[5] von ſelbſt[i] eine entſprechende Herabminderung im Verhältniß[k] ihres nach der Zeit der Entrichtung der Vermächtniſſe (arg. §. 693)[6] zu beſtimmenden wahren Werthbetrags[l] erleiden (§. 692)[7].

Der Vorbehaltserbe iſt berechtigt, mit der Entrichtung der Ver-

[a] cf. §. 2 I. de leg. Falc. 2. 22. L. 30 pr. §. 2. L. 73 pr. §. 5 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 9 pr. eod. [b] L. 17 D. de m. c. don. 39. 6. L. 1 C. de bonis 7. 72. §. 3 I. cit. 2. 22. L. 1 §. 12 D. si cui plus 35. 3. L. 12 pr. D. de leg. II. L. 114 §. 14 D. de leg. I. [c] §. 3 I. cit. cf. L. 1 §. 19. L. 2 D. ad leg. Falc. 35. 2. [d] Nov. 1 c. 2. Vgl. oben §. 55 Anm. 4. [e] cf. L. 42. 62 §. 1. L. 63 D. ad leg. Falc. 35. 2. [f] §. 97 fg. Geſ. v. 9. Aug. 1854. cf. L. 1 §. 6 D. si cui plus 35. 3. [g] cf. L. 72 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 22 §. 9 C. de jur. delib. 6. 30. [h] cf. L. 25 §. 1 D. cit. 35. 2. L. 77 §. 1 D. de leg. II. L. 21 §. 1 D. de annuis leg. 33. 1. cf. L. 3 §. 4 D. si cui plus 35. 3. [i] cf. L. 73 §. 5. L. 26 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 5 D. quod leg. 43. 3. [k] §. 3 I. cit. cf. L. 73 pr. §. 5 D. cit. [l] cf. L. 15 §. 8 D. eod. L. 61 eod. L. 81 §. 4 D. de leg. I.

mächtniſſe ſo lange zuzuwarten, bis der Activbeſtand des Erbvermögens und der Betrag ſämmtlicher zu entrichtender Vermächtniſſe klargeſtellt iſt[m], es müßte ihm denn für den Fall nachträglich ſich herausſtellender Überſchwerung des Nachlaſſes Sicherſtellung für die Rückerſtattung des Zuvielempfangenen geleiſtet werden (§. 692)[n]. Überſteigen die Vermächtniſſe das Erbvermögen, ſo muß der Vorbehaltserbe dem Abhandlungsgericht eine Berechnung des reinen Verlaſſenſchaftsvermögens und des verhältnißmäßigen Abzugs an jedem Legate zur Prüfung und Genehmigung vorlegen (§. 163 Geſ. v. 9. Aug. 1854)[8]. Der Vorbehaltserbe kann jedoch vor wie nach Einantwortung des Nachlaſſes die Verwaltung und Auseinanderſetzung deſſelben auch einem auf ſein Verlangen zu beſtellenden Curator der Verlaſſenſchaft überlaſſen[o] (§. 690)[9]. Beſorgt der Vorbehaltserbe die Erbſchaftsregulirung ſelbſt, ſo kann er im Fall der Erſchöpfung oder Überſchwerung des Nachlaſſes für die vor wie nach[10] der Einantwortung auf das Erbvermögen verwendeten Auslagen Erſatz und für ſeine eigene Mühewaltung entſprechende Vergütung fordern (§. 690).

Der Abzug wird bei Vermächtniſſen, welche nicht auf Summen oder Quantitäten gerichtet ſind, dadurch bewerkſtelligt, daß der Legatar den auf ihn entfallenden Abzugsbetrag in Geld herausgibt und dagegen den ganzen Vermächtnißgegenſtand erhält reſp. den bereits empfangenen behält[11]. Will der Vermächtnißnehmer dieſen Beitrag nicht leiſten, ſo kann er ſich des Vermächtniſſes wieder entſchlagen (§. 693)[p] und muß dann den etwa bereits empfangenen Gegenſtand ſammt den mittlerweile bezogenen Nutzungen[q] gegen Erſatz der Verwendungen (§. 331 fg.)[r] zurückſtellen (§. 693)[12].

Anm. [1] Nach dem Tode des Erblaſſers ſich ereignende Veränderungen des Erbvermögens gehen im allgemeinen auf Rechnung des Vorbehaltserben, ſo daß die Anſprüche der Legatare im Fall ſpäterer Vermehrung nicht größer, im Fall ſpäterer Verminderung des Nachlaſſes nicht geringer werden: ſollte jedoch das erbſchaftliche Vermögen durch zufällige Umſtände ſoweit herabgemindert werden, daß es zur Be-

[m] cf. L. 1 §. 6 D. si cui plus 35. 3. [n] cf. L. 1 §. 12. L. 31 D. ad leg. Falc. 35. 2. Dig. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur 35. 3. [o] Vgl. §. 79 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Vgl. A. L. R. I 12 §. 359. [p] Vgl. A. L. R. I 12 §. 338. [q] Vgl. A. L. R. I 12 §. 339. 340. [r] Vgl. A. L. R. I 12 §. 341.

[8] Diese Vorschrift „beruht auf einer durchaus ungerechtfertigten Einmischung des Richters in Privatangelegenheiten und macht aus dem Gericht eine Rechnungs-Revisionsbehörde.“ Unger, die Verl. Abh. S. 137.

[9] Vgl. oben §. 42 Anm. 11. Bei der Abfassung des §. 690 scheint man jedoch hauptsächlich den Fall vor Augen gehabt zu haben, daß der Erbe die Erbschaft noch gar nicht angetreten hat, sondern seine Erbserklärung erst von dem Ausgang der über das Erbvermögen angestellten Untersuchung abhängig machen will. Im westgal. Gesetzb. II §. 480 hieß es geradezu: „Will der Erbe den Nachlaß nicht selbst verwalten, so kann er auf die Anstellung eines Curators antragen und sich unterdessen bedenken, ob und wie er die ihm zugefallene Erbschaft annehmen oder ihr entsagen wolle.“ Vgl. auch Zeiller II S. 647 und Nippel IV S. 367. 368.

[10] Denn durch die Einantwortung wird die Erbschaft zwar ein frei verfügbarer Bestandtheil des eigenen Vermögens des Erben, aber sie bildet doch immer einen besonderen Bestandtheil desselben, den der Vorbehaltserbe nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch im Interesse der Erbschaftsgläubiger und Legatare verwaltet (oben §. 42), so daß er gleichsam als ein Geschäftsführer derselben zu betrachten ist (vgl. Mühlenbruch Bd. 41 S. 406) und in dieser Eigenschaft Anspruch auf Ersatz und Belohnung hat, da er non solum heredis, sed paene etiam dispensatoris eines Vertheilers der Erbschaft) fungatur officio (vgl. Mühlenbruch Bd. 43 S. 394 Note 19 a. E.). Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 353 fg., woraus die Anordnung des §. 690 (westgal. Gesetzb. II §. 479) geschöpft ist.

[11] Die Klage auf Rückerstattung des empfangenen Übermaßes ist entweder die condictio indebiti (§. 1431 fg. cf. L. 9 C. ad leg. Falc. 6. 50. L. 9 §. 5 D. de jur. et fact. ignor. 22. 6. L. 31 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 9 D. si cui plus 35. 2), oder die Klage aus der geleisteten Caution, deren Bestellung übrigens auch noch nach Entrichtung des vollen Vermächtnisses verlangt werden kann (cf. L. 3 §. 5. 10 D. si cui plus 35. 3); nach Umständen auch die actio doli (L. 23 D. de dol. mal. 4. 3).

[12] Ist der empfangene Vermächtnißgegenstand ohne Dolus des Legatars zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden, so hat der Legatar dafür nicht zu haften (§. 693) und wird im ersten Fall von aller Beitrags- oder Rückerstattungspflicht frei. L. 1 §. 15 D. si cui plus 35. 2. Si res, quae legata sit, apud legatarium interierit, probandum est, exceptione succurri ei, qui promisit, (L. 2) etiam si quanti ea res sit (cf. L. 1 pr. h. t.) promisit, (L. 3 pr.) nisi si dolo ipsius aliquid factum sit .... Vgl. A. L. R. I 12 §. 344. Desgleichen kann dem Legatar die arglose Veräußerung des Vermächtnisses nicht zum Nachtheil gereichen: es kommen in dieser Beziehung überhaupt die bei der condictio indebiti geltenden Grundsätze zur Anwendung. Ganz unpraktisch ist die sonderbare Vorschrift des §. 693 über das Recht des Legatars zur Restitution des Werths, den das Legat zur Empfangszeit hatte, da der zu leistende Beitrag ja immer nur in einer Quote dieses Werthbetrags besteht.

II. Einzelne Arten von Vermächtnissen insbesondere.

1. Vermächtniß von Sachen.

a) Vermächtniß einer bestimmten Sache.

§. 67.

Ist eine bestimmte Sache vermacht (species legata), so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Die Sache gehört dem Erblasser. In diesem Fall erwirbt der Legatar das Eigenthum daran nicht unmittelbar, sondern erst durch die Übergabe (§. 684) resp. die Überschreibung in den öffentlichen Büchern (§. 437. 688) [a]. Mit der Sache sind ihre Erweiterungen, Zuwachs und Zubehör [b], sowie die natürlichen und bürgerlichen Früchte vom Todestag des Erblassers an (§. 686) [c] dem Legatar herauszugeben, welcher von dieser Zeit an Gefahr [d], Lasten und Abgaben [e] der Sache zu tragen hat (§. 686). Der Legatar übernimmt die Sache in dem rechtlichen Zustande, in dem sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers befindet [f], und kann insbesondere, wenn dem Vermächtnißträger oder Dritten dingliche Rechte welcher Art immer an ihr zustehen, nicht verlangen, daß der Beschwerte dieselben nicht mehr geltend mache, resp. die vermachte Sache von jenen Lasten befreie (§. 662) [1]; es müßte denn der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet haben [g]; steht dem Legatar selbst ein solches Recht an der vermachten Sache zu [h], so kann er außer der Übertragung des Eigenthums nichts weiter ansprechen [2]. Das Vermächtniß der eigenen Sache des Erblassers ist wirksam [3], mag dieser gleich irrthümlich die Sache für eine fremde gehalten haben [i]. Das Vermächtniß erlischt durch den Untergang der Sache vor dem Tode des Erblassers [k]. In

[a] Vgl. oben §. 64 Anm. 1 und §. 178 Ges. v. 9. Aug. 1854. [b] §. 19 I. de leg. 2. 20. L. 8 pr. L. 24 §. 2 D. de leg. I. L. 10 D. de leg. II. L. 16. 91 §. 3...6 D. de leg. III. L. 19 pr. D. de instr. leg. 33. 7. System I §. 55 Note 24. cf. L. 24 C. de fideic. 6. 42. System I §. 55 Note 70. [c] cf. Paul R. S. III 6 §. 46. L. 42 D. de usur. 22. 1. L. 1. 4 C. de usur. 6. 47. System II §. 128 Note 35. [d] §. 16 I. cit. L. 22 §. 2 D. de leg. III. L. 26 §. 1. L. 47 §. 4...6. L. 114 §. 19 D. de leg. I. L. 6 D. de usu leg. 33. 2. L. 30 §. 6 D. ad leg. Falc. 35. 2. cf. L. 53 §. 3 D. de leg. I. [e] L. 39 §. 5 D. de leg. I. [f] L. 45 §. 2. L. 56. L. 69 §. 3. 70 pr. §. 1. L. 116 §. 4 D. de leg. I. L. 18 D. de servit. 8. 1. L. 1 D. de serv. leg. 33. 3. [g] L. 69 §. 3 cit. cf. §. 5 I. de leg. 2. 20. [h] L. 16 C. de leg. 6. 37. [i] §. 11 I. cit. cf. L. 9 §. 4 D. de ign. jur. 22. 6. [k] L. 6 pr. D. de auro leg. 34. 2.

der freiwilligen Veräußerung der Sache an Dritte liegt in der Regel Zurücknahme des Vermächtniſſes[1] (§. 724. 725)[4], welches jedoch im Fall der Wiedererlangung der Sache im Zweifel wieder auflebt (§. 724)[5]; ebenſo, dafern nicht eine andere Willensmeinung des Erblaſſers dargethan wird, in der Neugeſtaltung (Specification) der Sache durch den Erblaſſer ſelbſt oder einen Dritten mit deſſen Einwilligung (§. 724. 725)[6]. Dagegen heben bloße Veränderungen der Sache, ſelbſt im Fall allmäliger gänzlicher Erneuerung derſelben[m], das Vermächtniß nicht auf[7]. Wird das Vermächtniß in derſelben oder in einer anderen Verfügung wiederholt, ſo kann die Sache im Zweifel doch nicht zugleich in Natur und dem Werth nach gefordert werden (§. 660)[n]. Wird dieſelbe Sache hinterher einem Andern ganz oder zum Theil[o] vermacht, ſo liegt hierin, dafern nicht ein anderer Wille des Erblaſſers erkennbar iſt, eine gänzliche oder theilweiſe Übertragung (Translation) des Vermächtniſſes[8]. Iſt dieſelbe Sache Mehreren zugleich vermacht, ſo ſind ſie im Zweifel Collegatare, ſo daß nicht dem einen die Sache, den andern ihr Werth, ſondern allen gemeinſchaftlich die Sache zu gewähren iſt[p].

2) Die Sache gehört dem Vermächtnißträger. In dieſem Fall iſt der Beſchwerte zu ihrer Übertragung verpflichtet (§. 662. vgl. §. 649)[q], ſollte gleich der Erblaſſer die Sache für ſeine eigene gehalten haben[r]. Die Früchte der Sache gebühren dem Legatar jedoch nicht vom Todestage des Erblaſſers, ſondern erſt von der Mittheilung der Klage oder dem Eintritt des Verzugs an[s] (arg. §. 913)[9].

3) Die Sache gehört einem Dritten (§. 662). Dann kommt es darauf an, ob der Erblaſſer wußte, daß die Sache eine fremde ſei oder nicht. Im letzteren Fall hat der Legatar keinen Anſpruch[10], es müßte denn der Erblaſſer die fremde in ſeinem Nachlaß befindliche Sache als ſeine eigene vermacht haben[t], in welchem Fall der Legatar zwar Übergabe der Sache verlangen kann, wodurch er den

[1] §. 12 I. de leg. 2. 20. L. 11 §. 12 D. de leg. III. L. 18. 24 §. 1 D. de alim. leg. 34. 4. L. 34 §. 1 D. de auro leg. 34. 2. L. 3. 11 C. de leg. 6. 37. Gaj. II 198. [m] L. 24 §. 4. L. 65 §. 2 D. de leg. I. L. 76 D. de judic. 5. 1. Vgl. Syſtem I §. 52. [n] L. 34 §. 1. 4. L. 86 §. 1. D. de leg. I. L. 66 §. 5 D. de leg. II. [o] L. 23 pr. C. de leg. 6. 37. cf. L. 23 §. 1 cit. [p] L. 33. 114 §. 19 D. de leg. I. L. 20 D. de leg. III. L. un. §. 11 C. de caduc. toll. 6. 51. [q] §. 1 I. de sing. reb. 2. 24. §. 4 I. de leg. 2. 20. L. 25 C. de fideic. 6. 42. [r] L. 67 §. 8 D. de leg. II. [s] Syſtem II §. 128 Note 35. [t] cf. L. 73 §. 1 D. de leg. II.

Erſitzungsbeſitz (§. 1461)[u], unter Umſtänden mit Beſitzzurechnung (§. 1493)[v], erlangt[11], nicht aber Verſchaffung des Eigenthums noch Gewährung des Sachwerths[w] und daher auch nicht Eviktionsleiſtung[x] fordern kann. Wußte dagegen der Erblaſſer, daß die vermachte Sache eine fremde ſei und erhellt dieſe Kenntniß der wahren Sachlage aus der letztwilligen Anordnung ſelbſt[12], ſo muß der Beſchwerte dem Legatar die Sache verſchaffen oder, wenn ſie dem Eigenthümer gar nicht oder doch nur um einen höheren als den Schätzungspreis feil iſt, ihren ordentlichen Werth entrichten[y], es müßte denn die Erfüllung der Anordnung ohne Verſchulden oder Verzögerung des Beſchwerten durch den Untergang der Sache unmöglich geworden ſein[z]. Iſt die vermachte Sache nur zum Theil eine fremde, ſo gilt im Zweifel nur der dem Erblaſſer oder dem Beſchwerten gehörende Antheil als vermacht[aa]; ebenſo iſt, wenn dem Erblaſſer oder dem Vermächtnißträger nur ein dingliches Recht an der vermachten Sache oder ein perſönlicher Anſpruch darauf zuſteht, nur dieſes Recht oder dieſer Anſpruch als vermacht anzuſehen (§. 662)[bb].

4) Die Sache gehört dem Vermächtnißnehmer (§. 661). Gehört ſie ihm zur Zeit der Errichtung des Vermächtniſſes, ſo iſt das Vermächtniß in der Regel wirkungslos[cc], es müßte denn der beſonderen Sachlage und dem muthmaßlichen Willen des Erblaſſers zufolge ihm dennoch irgend ein Vortheil gewähren können und ſollen[13]. Das Vermächtniß kann jedoch zur Wirkſamkeit gelangen, wenn der Legatar die Sache vor dem Tod des Erblaſſers veräußert hat[14]. Hat der Legatar die vermachte Sache erſt nach Errichtung des Vermächtniſſes entgeltlich oder unentgeltlich von einem Dritten erworben, ſo iſt ihm der ordentliche Sachwerth zu entrichten[15]; hat er aber die Sache von dem Erblaſſer ſelbſt unentgeltlich erlangt, ſo iſt das Vermächtniß als zurückgenommen zu betrachten (§. 661)[16].

[u] L. 1. 4. 5. 6 D. pro legato 41. 8. cf. L. 1 §. 2 D. de publ. act. 6. 2. [v] L. 14 §. 1 D. usurp. 41. 3. [w] L. 67 §. 8 D. de leg. II. cf. L. 70 §. 1 D. eod. [x] L. 77 §. 8 D. de leg. II. [y] §. 4 I. de leg. 2. 20. L. 39 §. 7. L. 40. L. 71 §. 3 D. de leg. I. L. 11 §. 16. 17. L. 14 §. 2. L. 30 §. 6 D. de leg. III. L. 61 D. ad leg. Falc. 35. 2. [z] §. 16 I. cit. L. 22 §. 2 D. de leg. III. L. 114 §. 19 D. de leg. I. [aa] L. 5 §. 1. 2 D. de leg. I. L. 30 §. 4 D. de leg. III. cf. L. 24 D. de instr. leg. 33. 7. [bb] L. 71 §. 5. 6 D. de leg. I. L. 68 pr. D. de leg. III. [cc] §. 10 I. de leg. 2. 20. L. 13 C. de leg. 6. 37. L. 37 pr. D. de leg. III.

Anm. [1] Anders nach röm. Recht, wenn auf der vermachten Sache zu Gunsten des Onerirten oder mit Vorwissen des Erblassers zu Gunsten eines Dritten Emphyteuse, Superficies, Nießbrauch oder Pfandrecht lastet, indem der Beschwerte ein solches Recht nicht mehr geltend machen darf (L. 26. 76 §. 2 D. de leg. II.), resp. die vermachte Sache frei von der dinglichen Last gewähren muß. L. 57 D. de leg. I. L. 66 §. 6 D. de leg. II. §. 5. 12 I. de leg. 2. 20. L. 28. 33 fam. ercisc. 10. 2. L. 3 C. de leg. 6. 37. L. 6 C. de fideic. 6. 42. cf. L. 15 D. de dote prael. 33. 4. Paul R. S. III 6 §. 8. Roßhirt II S. 154 fg. Vgl. auch Dernburg, das Pfandrecht Bd. 1 S. 132 fg. (In sonderbarer Weise verkennt Füger II S. 139 fg. die Ratio des R. R.) In dieser Beziehung ist sicher der Bestimmung des österr. Rechts der Vorzug zu geben, da sie dem muthmaßlichen Willen eines heutigen Erblassers gewiß besser entspricht, als die des röm. Rechts. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 325. Cod. civ. a. 1020. Sächs. Gesetzb. §. 2452. Hess. Entw. Art. 303. Ist insbesondere eine für die Schuld des Erblassers verpfändete Sache vermacht, so kann der Legatar vom Erben nicht fordern, daß dieser die Sache einlöse resp. von den Hypotheken frei mache: er muß vielmehr die Befriedigung des Gläubigers aus der Pfandsache sich gefallen lassen, kann jedoch, wenn er die auf der vermachten Sache haftende Pfandschuld bezahlt hat, seinen Rückgriff an dem Erben nehmen (arg. §. 1358), es müßte ihm denn die Übernahme der Schuld von dem Erblasser ausdrücklich auferlegt worden sein, worin ein Sublegat der Schuldbefreiung für den Erben liegen würde. Das Legat einer verpfändeten Sache gewährt daher unter Umständen dem Legatar nur insofern Vortheil, als der Werth der Pfandsache den Betrag der Pfandschuld übersteigt: potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno. Quod si testator eo animo fuit, ut quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte utique de his liberandis senserit: poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecariam secum agerent, consequi ut actiones sibi exhiberentur, quod quanquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem praesidis provinciae id ei praestabitur. L. 57 D. de leg. I. (Vgl. zu dieser Stelle Mühlenbruch im civ. Arch. Bd. 15 S. 393 fg., dessen Erklärung auch Bachofen, Pfandrecht S. 131. 132 Note 3 und Reuner, die her. instit. S. 276 fg. Note 41 beistimmen. Vgl. auch Seuffert §. 614 Note 13.) Für diese Auffassung spricht die Erwägung, daß durch die Anordnung des §. 662: „Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten", nur in Entgegenstellung gegen das gemeine Recht ausgesprochen wird, daß der Legatar der Regel gemäß (§. 443) die legirte belastete Sache als belastete, nicht als freie oder vom Erben zu befreiende, übernehmen müsse: welche rechtlichen Consequenzen aber die Übernahme der Sache als belasteten hat, darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze, von denen abzugehen hier um so weniger Veranlassung vorhanden ist, als es in §. 662 nur heißt: „Lasten", nicht „Schulden und Lasten", so nahe doch eine solche Doppelheit des Ausdrucks mit Rücksicht auf die Doppelheit des vorhergehenden Ausdrucks: „verpfändet oder belastet" gelegen hätte: der Legatar übernimmt die Pfandlast, nicht die Pfandschuld (vgl. auch §. 928). Die Ansichten unserer Schriftsteller über diesen Punkt sind sehr verschieden. Zeiller II S. 604 drückt sich nicht hinlänglich klar und bestimmt aus. Stubenrauch II S. 468. 469 vertritt die

hier vertheidigte Ansicht. Vgl. auch Samml. Nr. 570. Dagegen behaupten Nippel IV S. 311. 312 und Füger II S. 139 fg. (der sich irrigerweise in Übereinstimmung mit Stubenrauch wähnt), daß der Legatar die Pfandschuld soweit tragen müsse, als der Werth der Pfandsache reiche (selbst wenn die Sache für die Schuld nicht des Erblassers, sondern eines Dritten verpfändet ist?), während Schuster, zwei Abhandlungen 1830 S. 139 fg. und Winiwarter III S. 187 noch weiter gehen und den Legatar geradezu als Schuldübernehmer behandeln. Auch die modernen Gesetzgebungen regeln diesen Punkt in verschiedener Weise. Die hier vertretene Ansicht, welche m. E. an sich die allein richtige und haltbare ist, ist im hess. Entw. Art. 303 zur Anerkennung gelangt. Dagegen bestimmt das A. L. R. I 12 §. 326, daß der Legatar „ohne Betrag oder Zuthun des Erben" die Pfandschuld bezahlen müsse (vgl. §. 327. 332 ebda), und behandelt das sächs. Gesetzb. §. 2453 den Legatar, dafern die legirte Sache für eine Schuld des Erblassers verpfändet ist, schlechthin als Schuldübernehmer, nachdem es den selbstverständlichen Satz vorausgeschickt hat, daß die verpfändete Sache auch bei dem Legatar verpfändet bleibe. — Ganz und gar willkürlich ist die Behauptung von Winiwarter III S. 186. 187, daß der Legatar sogar die persönlichen Verpflichtungen des Erblassers in Ansehung der vermachten Sache übernehmen müsse. Ist insbesondere die vermachte Sache vermiethet oder verpachtet, so ist der Legatar in der Regel nicht verpflichtet, die Fortsetzung dieses Verhältnisses zu dulden (§. 1120) und der Bestandnehmer mag sich an dem Erben Schadens erholen. L. 32 D. loc. 19. 2. L. 120 §. 2 D. de leg. I.

[2] Ist die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger vermacht, so erlischt das Pfandrecht durch sog. Vereinigung (§. 1445), die Forderung aber bleibt bestehen, es müßte denn der Wille des Erblassers, die Schuld mit dem Vermächtnisse zu decken, nachgewiesen werden können; arg. §. 666. L. 85 D. de leg. II. Creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur. L. 16 C. cit. 6. 37. (Anders wieder das sächs. Gesetzb. §. 2454.) In einem solchen Falle hat jedoch der Erbe nicht etwa ein anderes Pfand für die Schuld zu bestellen (arg. §. 458) und ebensowenig die Schuld selbst zu bezahlen, wenn der Erblasser seine Sache für die Schuld eines Dritten verpfändet hat. Arndts §. 569 Anm. 1.

[3] Ist nur ein Theil einer Sache vermacht, so treten die angegebenen Wirkungen nur für diesen Theil ein: ist aber gleich die Sache reell untheilbar, so kann man doch wohl für das österr. Recht nicht behaupten, daß sich der Legatar mit dem entsprechenden Geldwerth abfinden lassen müsse. — Schwebt über die vermachte Sache des Erblassers (oder des Onerirten) ein Rechtsstreit, so muß der Beschwerte denselben auf seine Kosten zu Ende führen und dem Legatar die ihm etwa zugesprochene Sache gewähren. Nov. 112 c. 1. L. 3 C. de litig. 8. 37. Anders nach A. L. R. I 12 §. 301.

[4] Das bürg. Gesetzb. (westgal. Gesetzb. II §. 509. 510) steht in dieser Beziehung ganz auf dem Boden des röm. Rechts (Stellen der Note 1): es kommt darauf an, ob die Veräußerung eine freiwillige oder eine nothwendige ist: in jenem Fall ist das Legat adimirt, während es in letzterem Fall fortbesteht. Der §. 725

spricht zwar nur von Veräußerung „auf gerichtliche Anordnung", allein gewiß liegt das entscheidende Moment in der Nöthigung zur Veräußerung, und es wird die Vorschrift des §. 725 daher auch im Fall einer Expropriation, sowie der Veräußerung aus einem sonstigen Nothgrunde gelten. Vgl. westgal. Gesetzb. II §. 510. Unrichtig Füger II S. 313 in der Note. In welcher Form aber besteht das Legat der Sache im Fall nothwendiger Veräußerung fort? Man wird wohl auch für das österr. Recht consequent (vgl. Anm. 10) behaupten müssen, daß sich hiemit das legatum rei propriae in ein wirksames legatum rei alienae verwandle. Vgl. Seuffert §. 628 Note 12. Die gewöhnliche Annahme unserer Schriftsteller geht jedoch dahin, daß der Legatar auf den eingegangenen Preis Anspruch habe. Zeiller II S. 707. Winiwarter III S. 273. Nippel IV S. 446. Ellinger zu §. 725. Nur Stubenrauch II S. 571 behauptet ohne allen Grund, mit ganz unzukömmlicher Berufung auf §. 1447, daß der Legatar schlechthin „Anspruch auf den Werth der veräußerten Sache" habe (auf den Werth welcher Zeit? und auch dann, wenn die Sache mittlerweile zu Grunde gegangen ist?). Allein die eine wie die andere Annahme hätte die Verfasser des Gesetzbuchs dahin führen sollen, den Ademtionsstandpunkt lieber gänzlich aufzugeben. Kann man denn von einem Erblasser, dessen Grundstück expropriirt wird und der nun aus dem Erlös auf einem andern Grundstück ein Gebäude aufführt oder sonstige Auslagen bestreitet oder irgend welche Liebhabereien befriedigt, wohl annehmen, es sei sein Wille, daß sein Erbe dem Legatar den Werth jenes Grundstücks (§. 662) resp. den dafür empfangenen Preis entrichte? Wird man hier nicht mit Recht behaupten dürfen, daß sich der Wille des Erblassers, das Legat (mit verändertem Objekt) fortbestehen zu lassen, nur dann annehmen lasse, wenn er das gelöste Geld für den Legatar angelegt oder sonst in dessen Interesse verwendet hat? Und kann nicht umgekehrt die freiwillige Veräußerung gerade in der Intention, den Vortheil des Legatars zu wahren, oder doch sine animo adimendi vorgenommen worden sein? Das Richtige wäre demnach, wie es im A. L. R. I 12 §. 322 geschehen ist, den Ademtionsstandpunkt aufzugeben und an dessen Stelle den sog. Surrogirungsstandpunkt zu setzen, somit ohne Rücksicht darauf, ob die Veräußerung eine freiwillige oder nothwendige war, lediglich darauf zu sehen, ob der Erblasser die Absicht hatte, den Erlös des veräußerten Objekts oder den eingetauschten Gegenstand an die Stelle der ursprünglich vermachten Sache treten zu lassen und hiemit stillschweigend eine Translation des Vermächtnisses (a re in rem, L. 6 pr. §. 2 D. de adim. leg. 34. 4) vorzunehmen. — Die freiwillige Veräußerung der Hauptsache adimirt auch das Legat der nichtveräußerten Nebensache. L. 1 §. 1. L. 5 D. de instr. leg. 33. 7. L. 1. 2 D. de pec. leg. 33. 8. §. 17 I. de leg. 2. 20. Ist nur ein Theil der Sache veräußert, so gebührt das Übrige dem Legatar. L. 8 pr. L. 24 §. 3 D. de leg. I. Paul. R. S. IV 1 §. 6. — Über die Veräußerung der legirten Sache an den Erben vgl. Nr. 2, an den Legatar vgl. Nr. 4 im Text.

[5] Man nimmt zwar auf gemeinrechtlichem Gebiet gewöhnlich an, daß das Legat durch Rückerwerb der Sache in der Regel nicht auflebe (vgl. Seuffert §. 628 g. E. und ebenso zweifelfrei Stubenrauch II S. 581 Note *): allein die röm. Quellenstellen scheinen hier untereinander nicht übereinzustimmen. Vgl. einerseits L. 79 §. 3 D. de leg. III. L. 27 pr. D. de adim. leg. 34. 4, anderseits

L. 15. 27 §. 1 D. cit. 34. 4. Übereinstimmend mit dieser Anordnung des §. 724, welche sich im westgal. Gesetzb. II §. 509 noch nicht fand, das A. L. R. I 12 §. 316 und der hess. Entw. Art. 185; dagegen bestimmen der Cod. civ. a. 1038 und das sächs. Gesetzb. §. 2418 das Gegentheil.

[6] Diese Anordnung, wodurch alles auf die Intention des Erblassers gestellt und diese darnach beurtheilt wird, ob die Umwandlung der Sache mit oder ohne Willen desselben geschah, ist sicher zutreffend. Dagegen ist es wohl nicht zu billigen, daß diese Frage unter den Gesichtspunkt des Widerrufs gestellt wird (§. 724. 725): denn ist die Sache umgewandelt und eine neue geworden, so kann das ursprüngliche Legat gar nicht mehr fortbestehen, da sein Gegenstand verschwunden ist (mutata forma interemit substantiam rei L. 9 §. 3 D. ad exhib. 10. 4. cf. L. 76 i. f. D. de jud. 5. 1): es kann sich somit nicht darum handeln, ob der Erblasser das erloschene Legat (legatum exstinctum) adimiren wollte oder nicht, sondern nur darum, ob er die Absicht hatte, in Ansehung der Zuwendung die neue Sache an die Stelle der alten treten zu lassen. Es kommt also m. a. W. auf den Surrogirungswillen, nicht auf den Ademtionswillen an, nur daß allerdings das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Surrogirungswillens daraus zu entnehmen ist, ob ein Dritter oder der Erblasser selbst die Erlöschung des ursprünglichen Legats bewirkt hat, da in letzterem Fall auf eine Änderung des Honorirungswillens zu schließen ist. So argumentirt auch Marcellus in einem ähnlichen Fall L. 6 §. 1 D. de auro leg. 34. 2, während Paulus Julian und Ulpian anderer und unter sich verschiedener Meinung waren. L. 88 pr. §. 1. 2 D. de leg. III. L. 44 §. 2. 3 D. de leg. I. Besteht das Legat trotz der Verwandlung (§. 725), so hat der Legatar Anspruch auf die spezifizirte Sache selbst. Zeiller II S. 707. Rippel IV S. 447. Ellinger zu §. 725. A. M. (Anspruch auf den Werth der spezifizirten Sache zur Zeit der Umgestaltung) Winiwarter III S. 273 (mit ganz unpassender Berufung auf §. 1414 und 1417) und Stubenrauch II S. 572. Eigenthümliche und unerquickliche Bestimmungen enthält das A. L. R. I §. 12. §. 317 fg. in dieser Beziehung.

[7] Auch hier kommt alles darauf an, ob sich die ursprünglich legirte Sache in eine andere verwandelt habe und ob man annehmen kann, daß der Wille des Erblassers auch auf Zuwendung der neuen Sache gerichtet gewesen sei. Ist die Sache trotz des Wechsels einzelner Bestandtheile dieselbe geblieben, so besteht das Legat, natürlich mit seinem ursprünglichen Gegenstand und Inhalt, fort. L. 24 §. 4 D. de leg. I. (cf. L. 61 D. de R. V. 6. 1 . . . . proprietas totius navis carinae causam sequitur). Dasselbe gilt im Fall der Erneuerung der Sache durch allmäligen Wechsel sämmtlicher Bestandtheile, da man sich einer solchen Verwandlung oft gar nicht bewußt wird. L. 65 §. 2 D. de leg. I. L. 76 D. de judic. 5. 1. Anders dagegen wenn die legirte Sache zerlegt, aufgelöst oder abgebrochen wird: hier sind im Zweifel weder die Bestandtheile derselben vermacht (L. 88 §. 2 D. de leg. III. Nave autem legata dissoluta neque materia neque navis debetur), noch ist in der Regel die etwa an ihre Stelle getretene neue Sache (z. B. das neue Gebäude) zu gewähren. L. 65 §. 2 D. cit. L. 7 D. de instr. leg. 33. 7. Doch wird auch hiebei noch vieles auf die Umstände ankommen: vermacht z. B. der Erblasser „sein Haus Nr. 20 in der Jägerzeile", so bleibt das Legat bestehen, mag er gleich das alte Haus niedergerissen und ein neues, jedoch mit derselben Nummer, aufge-

führt haben, während ſich das Verhältniß ändert, wenn er das Haus durch eine Beſchreibung kenntlich gemacht hat, die auf das neue nicht paßt: dort iſt an ſeinem Surrogirungswillen nicht zu zweifeln, wohl aber hier. Vermacht der Erblaſſer ein Gebäude, ſo iſt damit ſicher die Area mitvermacht und gebührt daher dem Legatar, mag gleich das Gebäude zerſtört ſein (L. 79 §. 2 D. de leg. III. L. 22 D. de leg I.); vermacht er dagegen die Area, ſo kommt es auf die Umſtände an, ob im Fall ſpäterer Errichtung eines Gebäudes der Vermächtnißwille ſich auch auf das Gebäude erſtrecke oder nicht, ob alſo das Legat mit verändertem Objekt fortbeſtehe (L. 39 D. de leg. II. L. 44 §. 4 D. de leg. I.) oder nicht (L. 79 §. 2 D. de leg. III.): ſo wird z. B. wenn der Erblaſſer ſeinen „Bauplatz" vermacht hat und ſpäter ein Gebäude darauf aufführt, im Zweifel kaum anzunehmen ſein, daß der Legatar Anſpruch auf die Area ſammt dem Gebäude habe. Es wird alſo doch wohl darauf ankommen, ob der Erblaſſer die Area oder das Gebäude als die Hauptſache angeſehen hat. Syſtem I §. 54 Note 6. Vgl. jedoch Puchta, Vorleſ. II S. 478. 479 und Keller, Pandekt. S. 1076, welche m. E. mit Unrecht auch hier ſtatt des Surrogirungs- den Ademptionsſtandpunkt feſthalten.

[8] Nach L. 23 pr. C. cit. (Note o) wird Ademption des früheren Legats nur in dem Fall angenommen, daß der Erblaſſer zuerſt jemand die ganze Sache und hierauf einem Andern einen Theil derſelben vermacht, während im Fall ſpäterer Verſchaffung derſelben ganzen Sache an einen Andern im Zweifel Concurrenz derſelben als Collegatare ſtattfindet. L. 23 D. de leg. I. L. 7 pr. C. eod. 6. 37. Dieſe Behandlungsweiſe iſt m. E. inconſequent: wie im vorjuſtin. Recht in beiden Fällen Gemeinſchaftlichkeit des Vermächtniſſes in proportionellem Verhältniß angenommen wurde, ſo hätte Juſtinian wohl in beiden Fällen Ademtion des Legats annehmen ſollen. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 575.

[9] Auch für das öſterr. Recht wird man wohl im Intereſſe des Legatars annehmen dürfen, daß der Erbe, der ohne um das Vermächtniß zu wiſſen, alſo ohne alles Verſchulden, die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, die vermachte Sache, es ſei die des Erblaſſers oder ſeine eigene, zu gewähren, den Werth derſelben entrichten müſſe. §. 16 I. de leg. 2. 20. L. 41 §. 16. L. 42. 112 §. 1 D. de leg. I. L. 63. 89 §. 7 D. de leg. II. L. 25 §. 2 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 91 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. auch Mommſen, Beitr. zum Obl. R. I S. 253. 254.

[10] L. 67 §. 8 D. de leg. II .... nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit: sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates. §. 4 I. de leg. 2. 20 .... forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Eine Unterſuchung, ob der Erblaſſer, der nicht wußte, daß die Sache eine fremde ſei, dennoch huic personae legaturus fuisset etsi scisset rem alienam esse (L. 10 C. de leg. 6. 37. L. 6 C. de fideicomm. 6. 42. L. 72 D. ad Sc. Trebell. 36. 1 vgl. insbeſondere Reuner, die her. instit. S. 273 fg. Note 40), und Aufrechthaltung des Legats in ſolchem Fall findet nach öſterr. Recht nicht ſtatt. Zeiller II S. 603. In Anſehung der Frage, [o]b das Vermächtniß ein legatum rei propriae, rei heredis oder rei alienae ſei, kommt es auf die Sachlage zur Todeszeit des Erblaſſers an. Hat der Erblaſſer eine

Sache vermacht, die zur Zeit der Testamentserrichtung eine fremde war, hat aber er selbst oder sein Erbe sie hinterher erworben, so ist das Vermächtniß als legatum rei propriae resp. rei heredis vollwirksam; hat der Erblasser seine eigene vermachte Sache veräußert, so verwandelt sich das Legat, dafern es nicht ohnehin als zurückgenommen zu betrachten ist (§. 724. 725), in ein legatum rei alienae (Anm. 4), ebenso wenn der Erbe seine vermachte Sache bei Lebzeiten des Erblassers (bona fide) veräußert hat. Aber auch nach dem Tode des Erblassers kann sich das legatum rei heredis noch in ein legatum rei alienae verwandeln, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt und nunmehr ein Anderer den erledigten Erbtheil sammt den darauf gelegten Lasten erhält (§. 563). Vgl. oben §. 64 Anm. 2.

11 Hieraus ergibt sich, daß der erste Satz des §. 662, welcher, wie es fast scheint, der „plumpen Bestimmung" des Cod. civ. a. 1021 (Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas) nachgebildet ist, auch in dieser Beziehung (vgl. §. 662 a. E.) viel zu allgemein gefaßt ist. Noch „plumper" aber ist es, wenn man, wie dies nicht selten geschieht, das Vermächtniß einer fremden Sache geradezu für „ungültig" erklärt, gleich als könnte aus Rechtsgründen eine res aliena gar nicht legirt werden (Winiwarter III S. 186 sagt geradezu: „man könne nur über sein eigenes Vermögen verfügen"), während ein solches Legat doch nur dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß, der sich im Irrthum über die Rechtsbehörigkeit der Sache befand, in der Regel nicht zur Ausführung gelangt, mithin dem passend gewählten Ausdruck des §. 662 gemäß nur „wirkungslos" ist.

12 Man behauptet zwar gewöhnlich im buchstäblichen Anschluß an den Wortlaut des §. 662, daß das Vermächtniß einer fremden Sache nur dann wirksam sei, wenn der Erblasser ausdrücklich verordne, daß sie „gekauft und dem Legatar geleistet werde". Allein diese Schlußbestimmung des §. 662, durch welche die erste viel zu allgemeine Bestimmung desselben auf ihr vernünftiges Maß zurückgeführt wird, kann doch nur den Sinn haben, daß das Legat wirksam sei, weil aus einer solchen Anordnung (cf. L. 14 §. 2 D. de leg. II) unzweifelhaft hervorgehe, daß der Erblasser die Sache als eine fremde gekannt und sie dennoch vermacht habe. Es kann somit immer nur darauf ankommen, ob der Erblasser den Willen hatte, den Erben mit der Verschaffung der fremden Sache zu beschweren (L. 67 §. 8 D. de leg. II. §. 4 I. cit. 2. 20), und ob dieser Wille aus der letzten Anordnung selbst erkannt werden kann. Es wäre ein unerklärlicher und unerträglicher Formalismus und stünde mit dem Grundsatz, daß der Wille des Erblassers nach Kräften erfüllt werden soll, in grellem Widerspruch, falls man ihn in seiner Richtung auf das Verschaffen einer fremden Sache nur dann als vorhanden ansehen wollte und dürfte, wenn er sich gerade in den bestimmten Worten ausspricht: ich verordne, daß mein Erbe die fremde Sache x kaufe und sie dem A leiste. Will man in der That behaupten, daß das Legat: ich vermache dem A das dem B gehörige Pferd x, welches er stets so sehr gewünscht hat, wirkungslos sei, bloß weil der Erblasser nicht jene Formel gebraucht hat? Wenn der Erblasser sagt: ich vermache dem A das in der Kunstausstellung befindliche Bild x und trage daher meinem Erben auf, dasselbe zu kaufen und dem A zu geben, so ist das Legat unzweifelhaft wirksam; sollte es nun deshalb unwirksam sein, weil der Erblasser jenen Nachsatz als selbstverständlich aus-

gelassen hat? Durch die Anordnung des §. 662 ist somit an der Wirksamkeit des Legats einer dem Erblasser als fremd bekannten res aliena nichts geändert, sondern nur zur Vermeidung weitläufiger Prozesse über diese Kenntniß des Erblassers die Anordnung getroffen worden, daß der betreffende dem Legatar obliegende Beweis über die scientia rei alienae (§. 4 I. cit. L. 21 D. de prob. 22. 3) nur aus dem Inhalt der letztwilligen Anordnung selbst geführt werden könne. Das bürg. Gesetzb. hat sich hierin an das Vorbild des preuß. Rechts angeschlossen. A. L. R. I 12 §. 377: „Hat der Testator jemanden eine fremde Sache ausdrücklich vermacht (rectius: eine Sache ausdrücklich als fremde vermacht), so muß der Erbe dieselbe dem Legatario zu verschaffen sich möglichst angelegen sein lassen." §. 383: „Im zweifelhaften Fall wird niemals vermuthet, daß der Testator eine fremde Sache habe vermachen wollen." §. 384: „Wenn er also eine Sache, die wirklich eine fremde war, als seine eigene vermacht, so ist das Vermächtniß ohne Wirkung." Ebenso hess. Entw. Art. 137: „Das Vermächtniß eines dem Erblasser nicht gehörenden Gegenstandes ist ungültig (? Anm. 11), wenn nicht aus dem letzten Willen erhellt, daß der Erblasser den Gegenstand als dem Dritten gehörend gekannt hat." Nach dem westgal. Gesetzb. II §. 453 war noch „das Vermächtniß einer fremden Sache gültig, wenn diese Sache erweislich dem Testator als das Eigenthum eines Andern bekannt war", so daß also die Führung dieses Beweises an keine besondern Schranken gebunden war.

[13] So wird das Legat von Erfolg sein, wenn der Legatar nur widerrufliches Eigenthum an der Sache hat (L. 82 §. 1 D. de leg. I.), oder wenn dem Erblasser, dem Dritten oder, falls dies der Erblasser (wie aus der letztwilligen Anordnung hervorgeht) wußte, einem Dritten ein das Haben der Sache selbst oder doch ihren wesentlichsten Nutzen entziehendes dingliches Recht an ihr zusteht. L. 71 §. 5 D. de leg. I. L. 43 §. 3. L. 86 pr. eod. Vgl. L. 66 §. 6 i. f. D. de leg. II und zu dieser Stelle Roßhirt II S. 162 fg. Bachofen Pfandr. S. 134 fg. Wangerow II S. 511 fg. und insbesondere Dernburg, Pfandr. I S. 135 fg. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 281. Es drückt also der erste Satz des §. 661, gleich der L. 13 C. cit. (Note cc), nur die Regel und das gewöhnlich Stattfindende aus.

[14] Für diese Ansicht spricht die Erwägung, daß das Legat der eigenen Sache des Legatars nur deshalb wirkungslos ist, weil und insofern die dem Legatar zu gewährende Sache ihm ohnehin schon gehört und daher nicht noch gewährt werden kann (§. 10 I. de leg. 2. 20. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest....): hat nun der Legatar die vermachte ihm gehörige Sache bei Lebzeiten des Erblassers veräußert, so steht nichts im Weg, das Vermächtniß zu erfüllen, quia exitum voluntas defuncti potest habere (§. 11 I. eod.) und überdies nach österr. Recht ohnehin jedes Legat als auf die Todeszeit des Erblassers gestellt zu betrachten ist (quasi nunc datum, quum mors contingit L. 1 §. 1 D. de leg. III.). Die entgegengesetzte Bestimmung des röm. Rechts (et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa nec aestimatio ejus §. 10 I. cit. L. 41 §. 2 D. de leg. I. L. 98 D. de cond. 35. 1) erklärt sich aus der regula Catoniana (L. 1 pr. §. 2 D. de reg. Cat. 34. 7. Arndts im Rhein. Mus. Bd. 5 S. 228 fg. 254 und Pandekt. §. 569 Anm. 2. Wangerow §. 525 Anm. 2), welche nach österr. Recht nicht gilt (oben §. 60

Anm.) und überhaupt unſerm heutigen Rechtsbewußtſein nicht entſpricht. Vgl. Mommſen, Beitr. zum Obl. R. I §. 11 Note 16. §. 15 Note 3. §. 16 Note 4. Für dieſe Anſicht ſpricht ferner noch der Umſtand, daß es im §. 661 (ſowie im weſtgal. Geſetzb. II §. 452) heißt: das Vermächtniß ſei ohne Wirkung, „wenn das vermachte Stück zur Zeit der letzten Anordnung ſchon ein Eigenthum des Legatars war“: dieſes „ſchon“ weiſt nicht bloß auf ein gegenſätzliches „noch nicht“, ſondern auch ein ſpäteres „noch“ hin und dieſes „noch“ beſteht in dem Nochhaben der Sache zur Todeszeit des Erblaſſers. Der §. 661 ſetzt nemlich in ſeinen beiden Fällen das Haben der vermachten Sache zur Todeszeit voraus, nur daß im erſten Fall der Legatar die Sache auch ſchon zur Zeit der Vermächtnißerrichtung hatte, während er ſie in dem zweiten Fall erſt ſpäter an ſich gebracht hat: wenn nun an dem Nochhaben zur Todeszeit im zweiten Fall ſicher nicht zu zweifeln iſt (cf. L. 45 pr. D. de leg. I.), warum ſoll daſſelbe nicht auch im erſten Fall ſubintelligirt werden? Hat nun der Erblaſſer gewußt, daß die vermachte Sache dem Legatar gehöre, ſo kann er mit einer ſolchen Anordnung nur die Abſicht verbunden haben (arg. §. 655), daß die Sache dem Legatar im Fall ihrer Veräußerung (cf. L. 39 §. 2 D. de leg. I. L. 1 §. 2 D. de reg. Cat. 34. 7) oder ihrer Eviktion (L. 82 §. 1 D. eod.) gewährt werden ſolle. Hielt der Erblaſſer die Sache des Legatars irrigerweiſe für ſeine eigene und hat er dieſelbe ſpäter zu eigen erworben, ſo wird das Legat nunmehr als legatum rei propriae wirkſam, ſowie in dem umgekehrten Fall das Legat von vornherein wirkſam iſt, wenn der Erblaſſer ſeine vermachte Sache irrigerweiſe für die des Legatars hielt (§. 11 I. cit.). Hat endlich der Erblaſſer die Sache irrigerweiſe für eine fremde gehalten und ſie als ſolche vermacht, ſo wird das Legat als legatum rei propriae, rei heredis oder rei alienae wirkſam, wenn der Legatar die Sache hinterher an den Erblaſſer, den Erben oder einen Dritten veräußert hat. Für die hier vertheidigte Anſicht: Rippel IV S. 308. 309 (jedoch mit unrichtigen Detailausführungen); dagegen: Zeiller II S. 601. Scheidlein in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1826 II S. 159. Winiwarter III S. 184. Stubenrauch II S. 463. 464. Von den übrigen modernen Geſetzgebungen folgen das A. L. R. I 12 §. 382, das ſächſ. Geſetzb. §. 2461 und der heſſ. Entw. Art. 139, m. E. mit Unrecht, ganz der Vorſchrift des R. R.

[15] Für dieſe Nichtunterſcheidung zwiſchen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb ſpricht einerſeits der Ausdruck „an ſich bringen“, welcher im Zweifel auf beide Erwerbsarten geht (vgl. §§. 367. 368. 417. 929. 1088. 1476) und die Hervorhebung des lucrativen Erwerbs im Schlußſatz des §. 661, anderſeits die Beſtimmung, daß dem Legatar „der ordentliche Werth zu bezahlen“ iſt. A. M. Zeiller II S. 601. 602. Vgl. jedoch dagegen Schuſter in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1831 Bd. 2 S. 130 fg. Rippel IV S. 310. Winiwarter III S. 184. 185. Stubenrauch II S. 463. Ellinger zu §. 661. Freilich aber läßt ſich die Anordnung des §. 661 in dieſen beiden Beziehungen nicht billigen. In erſterer Beziehung wäre es doch wohl zweckmäßiger geweſen, im Einklang mit dem gem. Recht (§. 6 I. h. t. 2. 20. L. 21 §. 1 D. de leg. III. L. 17 D. de O. et A. 44. 7, vgl. Roßhirt I S. 448 fg. und insbeſ. Mommſen, Beitr. 1 S. 255 fg.) dem Legatar im Fall lucrativen Erwerbs der legirten Sache den Vermächtnißanſpruch in der Regel (L. 21 §. 1 cit. L. 34 §. 2 D. de leg. I.) ganz zu verſagen, da der Wille

des Erblaſſers, daß der Bedachte die Sache unentgeltlich erhalte, ohnehin ſchon erfüllt iſt. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 380, Sächſ. Geſetzb. §. 2462. Heſſ. Entw. Art. 139. Was aber die im Fall oneroſen Erwerbs zu gewährende Leiſtung anbetrifft, ſo wäre es aus dem gleichen Grunde ohne Zweifel richtiger geweſen, dem Legatar nur einen Anſpruch auf Erſatz der den Werth der Sache nicht überſteigenden Erſtehungskoſten (quod ei abest) einzuräumen, wie dies nach röm. Recht ſtattfindet (§. 6. 9 I h. t. L. 34 §. 7. 8. L. 108 §. 4. 6 D. de leg. I. L. 73 D. de leg. II. L. 102 §. 2 D. de leg. III.), im weſtgal. Geſetzb. II §. 452 noch angeordnet war und in allen neueren Geſetzgebungen (A. L. R. I 12 §. 379; ſächſ. Geſetzb. §. 2462; heſſ. Entw. Art. 139) beſtimmt iſt. — Da in dieſem Fall urſprünglich in der Regel ein legatum rei alienae vorhanden ſein wird (cf. §. 6 I. cit. A. L. R. I 12 §. 379), ſo läßt es ſich nicht rechtfertigen, daß von dem Vermächtniß einer dem Legatar gehörigen Sache (§. 661) vor dem Legat einer einem Dritten gehörigen Sache (§. 662) gehandelt wird. War urſprünglich ein legatum rei propriae testatoris vorhanden, ſo kommt es darauf an, ob die Veräußerung an den Dritten, von dem der Legatar die Sache an ſich brachte, von Seiten des Erblaſſers freiwillig oder nothwendig geſchah (§. 724. 725): im erſten Fall iſt das Legat adimirt, während im zweiten Fall der Legatar Anſpruch auf den gemeinen Sachwerth hat. Scheidlein in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1828 II Nr. 39.

[16] Hat der Legatar die legirte Sache vom Erblaſſer auf entgeltliche Weiſe erlangt, ſo iſt das Vermächtniß nicht als adimirt anzuſehen, wie Rippel IV S. 309. 310 mit Unrecht behauptet (vgl. dagegen auch Scheidlein a. a. O. S. 159), ſondern dem Legatar, da er ohnehin ſchon die Sache ſelbſt hat, der gemeine Werth derſelben zu entrichten. Durch dieſe im weſtgal. Geſetzb. noch fehlende Anordnung des §. 661 iſt eine Ausnahme ſehr zweifelhaften Werths von der Ademtionsvorſchrift des §. 724 gemacht, an welcher nach gem. Recht auch im vorliegenden Fall mit vollem Grund feſtzuhalten iſt. Vgl. Roßhirt II S. 141. 142. Arndts im R. L. VI S. 328. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 323. 324 und ſächſ. Geſetzb. §. 2462. — Hat der Legatar die vermachte Sache bei Lebzeiten des Erblaſſers von dem Erben ſelbſt unentgeltlich erhalten, ſo hat er keinen weiteren Anſpruch, während ihm im Fall des entgeltlichen Erwerbs doch wohl auch nach öſterr. Recht nur der dafür ausgelegte Betrag zu reſtituiren iſt, da der Wille des Erblaſſers nur dahin geht, daß der Legatar die Sache des Erben unentgeltlich von demſelben erhalte. Unrichtig m. E. Roßhirt II S. 142 fg.

b) Vermächtniß einer Gattungsſache.

§. 68.

Wird eine nicht individuell bezeichnete Sache aus den in der Erbſchaft befindlichen Sachen einer beſtimmten Gattung vermacht, ſo iſt das Legat wirkungslos, wenn und inſoweit Sachen dieſer Gattung ſich im Nachlaß nicht befinden (§. 657)[a]; iſt dies der Fall, ſo

[a] cf. L. 65 pr. D. de leg. I. L. 18 §. 2. L. 38 pr. D. de auro leg. 34. 2.

hat in der Regel der Erbe die Auswahl des zu leistenden Stückes zu treffen (§. 656). Ist die Gattungssache ohne jede Beschränkung vermacht und finden sich Sachen der bezeichneten Gattung in der Verlassenschaft, so hat der Erbe dem sich muthmaßlich auf diesen Kreis beschränkenden Willen des Erblassers gemäß[b] eine derselben nach seiner Wahl zu geben (§. 656); sind Sachen der angegebenen Gattung im Nachlaß nicht vorhanden, so hat der Erbe dem Legatar den vermachten Gegenstand, vorausgesetzt daß dessen Bezeichnung nicht allzu unbestimmt und allgemein ist[c], in einer dem Stand und Bedürfniß des Bedachten angemessenen Beschaffenheit zu gewähren (§. 658)[1]. Das Vermächtniß von Gattungssachen gebührt dem Legatar in der Regel so oft, als die Anordnung wiederholt ist (§. 660)[d].

Anm. Durch die Anordnung des §. 658 ist in passender Weise die gemeinrechtliche Controverse über das Legat einer im Nachlaß nicht befindlichen Gattungssache (Arndts §. 574 Anm. Brinz S. 872. 873) gelöst. Über den Fall, wenn der Erblasser „einige" Sachen bestimmter Gattung vermacht hat vgl. L. 1 D. de opt. leg. 33. 5.

c) Vermächtniß eines Inbegriffs von Sachen.

§. 69.

Ist eine Sachgesammtheit vermacht, so ist das Vermächtniß nur Eines[a] und es gebühren dem Legatar alle Sachen, welche zur Todeszeit des Erblassers[b] die Gesammtheit bilden[1]. Der Erblasser kann aber auch einen sonstigen Inbegriff von Sachen unter einer Gesammtbezeichnung zusammenfassen und zum Gegenstand des Vermächtnisses machen[2]. Es ist dann im Wege der Willensauslegung zu bestimmen, was alles im einzelnen Fall in dem Vermächtniß begriffen sei und das Gesetzbuch kommt hiebei durch Aufstellung von Auslegungsregeln zu Hilfe[3]. Ist ein Inbegriff von Sachen nicht selbständig Gegenstand des Vermächtnisses, sondern nur Anhang oder Zugabe zu einem andern vermachten Gegenstand, so besteht ein solches Legat nur in Verbindung mit dem Hauptvermächtniß[c].

[b] L. 65 pr. L. 71 pr. D. de leg. I. [c] L. 71 pr. cit. L. 69 §. 4 D. de jur. dot. 23. 3. Westgal. Gesetzb. II §. 451. [d] Vgl. unten §. 70 Anm. 3.

[a] L. 2. 6 D. de leg. II. [b] §. 18 I. de leg. 2. 20. L. 21 D. de leg. I. L. 28 D. de instr. leg. 33. 7. L. 28 D. quando dies 36. 2. [c] L. 1 §. 1. L. 5 D. de instr. leg. 33. 7. cf. L. 1. 2. 12 D. de pec. leg. 33. 8.

[2] Hat der Erblaſſer die Währung der vermachten Geldſumme nicht angegeben, ſo iſt es eine reine Interpretationsfrage, welche Valuta er gemeint habe (cf. L. 50 §. 4 D. de leg. I. L. 75 D. de leg. III. L. 21 §. 1 D. qui test. fac. 28. 1): im Zweifel iſt ſeit dem 1. Nov. 1858 die ſog. öſterreichiſche Währung anzunehmen. Pat. v. 27. April 1858 §. 4. Syſtem I S. 40. Vgl. auch Hfſtzldkrt v. 13. Nov. 1811 Nr. 4 (Michel II Nr. 1414). — Iſt eine Summe Geldes oder ſonſt eine Quantität vermacht, mit Angabe des Fonds, woher dieſelbe zu bedecken ſei, ſo bleibt das Legat in der Regel ſeinem ganzen Umfange nach beſtehen, ſollte auch die vermachte Summe oder Quantität aus dem angegebenen Fond nicht beſtritten werden können. L. 96 pr. D. de leg. I. L. 26 pr. D. quando dies 36. 2. Iſt dagegen ein quantitativ beſtimmter Ertrag eines Gegenſtandes oder ein Theil deſſelben Objekt des Vermächtniſſes, nicht blos Bedeckungsfond deſſelben, ſo richtet ſich das Vermächtniß nach dem Ertrage, ſo daß nicht mehr als dieſer gefordert werden kann, ſollte derſelbe gleich geringer ſein, als die angegebene vermachte Quantität. L. 5 D. h. t. 33. 6. cf. L. 34 §. 2 D. de leg. III. Unrichtig Füger II S. 123. 124.

[3] Ebenſo wird wohl der Legatar, wenn ihm zuerſt eine größere und dann eine kleinere Summe oder umgekehrt vermacht wurde, im Zweifel auf beide Summen Anſpruch haben. Nach röm. Recht ſind alle dieſe Fälle ſehr beſtritten. Vgl. Schrader im civ. Arch. Bd. 33 Nr. 1 und Seuffert §. 607 Text zu Noten 9a...11a. Ob aber die Anordnung des §. 660 (heſſ. Entw. Art. 152) den Willen des Erblaſſers wirklich trifft, iſt doch noch ſehr fraglich. Vgl. auch Dalwigk II §. 93.

2. Vermächtniß von Rechten.

a) Vermächtniß dinglicher Rechte.

§. 71.

Dingliche Rechte können in verſchiedener Art Gegenſtand eines Vermächtniſſes ſein. Der Erblaſſer kann 1) ein ihm an einer fremden Sache zuſtehendes übertragbares[a] Recht durch Vermächtniß jemand zuwenden (vgl. §. 1128)[b] oder dem Beſchwerten auftragen, das dieſem ſelbſt zuſtehende dingliche Recht dem Legatar zu übertragen oder, falls dies nicht möglich iſt, zur Ausübung zu überlaſſen[c]. Er kann 2) ein ihm an der Sache des Legatars zuſtehendes Recht vermächtnißweiſe aufgeben (vgl. §. 666): hiedurch wird daſſelbe unmittelbar aufgehoben[d] und es kann, falls das Recht in den öffentlichen Büchern eingetragen iſt, Löſchung deſſelben verlangt werden; es kann aber auch dem Onerirten auferlegt werden, das ihm ſelbſt oder einem Dritten zuſtehende dingliche Recht zu Gunſten des Ver-

[a] Syſtem II §. 74 Note 14. [b] L. 71 §. 6 D. de leg. I. L. 1 §. 7 D. de superf. 43. 18. [c] cf. L. 12 §. 2. L. 38...40 D. de usufr. 7. 1. [d] L. 71 §. 5. L. 86 §. 4 D. de leg. I. L. 1 §. 1 D. de lib. leg. 34. 3.

mächtnißnehmers aufzugeben, resp. abzulösen. Der Erblasser kann ferner 3) dem Legatar[1] ein dingliches Recht jeder Art, insbesondere eine persönliche[e] Dienstbarkeit[2] oder eine Grunddienstbarkeit[f] (§. 480) sowie ein Pfandrecht[g] (§. 450)[3], durch Vermächtniß einräumen, und zwar sowohl an seiner eigenen Sache, als an der des Onerirten oder eines Dritten (arg. §. 662). In diesen Fällen erwirbt der Legatar, selbst wenn das dingliche Recht an der eigenen Sache des Erblassers vermächtnißweise eingeräumt wurde, dasselbe nicht unmittelbar (§. 684), sondern der Erbe ist verpflichtet, ihm das dingliche Recht an der Erbschaftssache oder der eigenen Sache zu bestellen (§. 451. 481. 1126)[h], resp. an der fremden Sache zu verschaffen, oder falls dieses nicht gelingt den gemeinen Werth dafür zu leisten (arg. §. 662). Der Nießbrauch insbesondere kann auch an der ganzen Erbschaft oder an einem Theile derselben[4] vermacht[i], ferner mehreren Personen an derselben Sache gemeinschaftlich[5] oder zu bestimmten Antheilen hinterlassen werden.

Anm. [1] Auch dem Erben kann durch Vermächtniß ein dingliches Recht verschafft werden, indem einem Dritten das Eigenthum einer Sache mit Abzug eines bestimmten dinglichen Rechts (z. B. deducto usufructu) vermacht wird. L. 6 pr. D. de usufr. 7. 1. L. 66 §. 7 D. de leg. II. L. 4 D. de usu leg. 33. 2. L. 14 C. de usufr. 3. 33. §. 1 I. de usufr. 2. 4.

[2] Da persönliche Servituten in der Regel unvererblich sind (§. 529), so transmittirt der Legatar wie das erworbene so das angefallene Vermächtniß einer persönlichen Servitut auf seine Erben nicht. cf. L. 2. 3. 5 §. 1 D. quando dies leg. 36. 2. L. 1 §. 2...4 D. quando usufr. 7. 3. cf. L. 5 D. de usu leg. 33. 2. Ist die Servitut an einer Sache des Erblassers vermacht, so kann der Legatar sofort Einräumung derselben verlangen (§. 685). Ganz unhaltbar ist die gewöhnlich aufgestellte Behauptung (Zeiller II S. 637. Winiwarter III S. 217. Stubenrauch II S. 503. 504), daß wenn der Legatar vor wirklicher Einräumung der vermachten Servitut sterbe, seine Erben die Nutzungen der Zeit zwischen dem Tod des Erblassers und des Legatars fordern können (arg. §. 686). Der Anspruch auf die Früchte ist nur ein Ausfluß des wirklich zustehenden Rechts: hat es der Legatar versäumt, sich dasselbe einräumen zu lassen, so hat, vom Fall einer Mora des Erben abgesehen (L. 6 D. de usu leg. 33. 2), weder er selbst noch sein Nachfolger irgendwelchen

[e] Dig. de usu et usufructu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum relictis 33. 2. L. 6 pr. L. 67 D. de usufr. 7. 1. §. 1 I. de usufr. 2. 4. [f] Dig. de servitute legata 33. 3. §. 4 I. de servit. 2. 3. L. 26 D. de S. P. R. 8. 3. [g] L. 1 C. commun. de leg. 6. 43. cf. L. 26 pr. D. de pign. act. 13. 7. [h] cf. L. 3 pr. D. de usufr. 7. 1. L. 19 D. de usu leg. 33. 2. Paul. R. S. III 6 §. 17. [i] L. 29. 34 §. 2 D. de usufr. 7. 1. L. 3 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. L. 24 pr. L. 32 §. 1. 8. L. 37. 43 D. de usu leg. 33. 2. L. 1 C. de usufr. 3. 33. Samml. Nr. 464.

Anſpruch auf die Vortheile des gar nicht exiſtent gewordenen Rechts; hat aber gleich der Legatar ſich das dingliche Recht beſtellen laſſen, ſo kann er doch auch in dieſem Fall die Früchte erſt von der Zeit der Beſtellung an in Anſpruch nehmen, da er das Recht vor deſſen Exiſtenz nicht ausüben kann. — Das Vermächtniß einer perſönlichen Servitut für mehrere beſtimmte Zeiträume (z. B. in singulos annos oder alternis annis) iſt gleich dem Vermächtniß einer Rente als ein Inbegriff mehrerer Vermächtniſſe anzuſehen, deren jedes für ſich erworben wird. L. 1 pr. D. quando dies usufr. 7. 3. L. 1 §. 3. L. 2 pr. §. 1. L. 28 D. quib. mod. usufr. 7. 4. L. 11. 23 D. de usu leg. 33. 2.

[3] Über die Beſtellung eines Pfandrechts durch letztwillige Verfügung vgl. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundſätzen des heut. röm. Rechts Bd. 1 §. 33. 34.

[4] In dieſem Fall ſteht es dem Erben frei, dem Legatar den Nießbrauch ſtatt an den Sachen der Erbſchaft nur an einem dem Erbſchaftstheil entſprechenden Geldbetrag (§. 510) einzuräumen. L. 32 §. 8. 9 cit. Arndts §. 575 Anm. 2. Vgl. oben §. 35 Anm. 12. Sind nur die Einkünfte einer Sache oder eines Vermögens vermacht, ſo erlangt der Legatar in der Regel (cf. L. 41 D. de usu leg. 33. 2. L. 20 D. de usufr. 7. 1) nicht ein dingliches Recht, ſondern nur einen perſönlichen Anſpruch auf Ablieferung der vermachten Einkünfte. L. 22. 38 D. de usu leg. 33. 2. L. 120 pr. de leg. I. L. 21 pr. D. de annuis leg. 33. 1. Roßhirt II S. 174 fg.

[5] Iſt einer Perſon der Nießbrauch einer Sache vermacht, und das Eigenthum derſelben Sache einer andern Perſon legirt oder bei dem Erben belaſſen worden, ſo iſt, abweichend vom röm. Recht (L. 10. 19. 26 §. 1 D. de usu leg. 33. 2. L. 3 §. 2. L. 9 D. de usufr. accr. 7. 2. L. 6 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Roßhirt II S. 176. Bangerow im civ. Arch. Bd. 35 S. 285. 286), welches hierbei mehr auf den Ausdruck als auf die Willensmeinung ſieht, im Zweifel anzunehmen und auszuführen, daß Erſterer allein den ganzen Nießbrauch, Letzterer nur die nuda proprietas haben ſolle. Vgl. auch Brinz S. 901; dagegen jedoch Glück Bd. 9 S. 188 fg. Schneider, das Anwachſungsrecht S. 296 fg. Bangerow, Pand. II S. 628. 629. (Die hier vertretene Entſcheidung ſpricht theils in unvollſtändiger Weiſe, theils in unpaſſender Faſſung das ſächſ. Geſetzb. §. 2470 aus.) — Auch bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs gelten zunächſt die gewöhnlichen Grundſätze des Anwachſungsrechts (oben §. 63). L. 1 pr. §. 3. 4. L. 2. 3 pr. L. 6 §. 1. L. 11. 12 D. de usufr. accr. 7. 2. Glück Bd. 9 S. 263 fg. Roßhirt I S. 616 fg. Schneider, das Anwachſungsrecht bei Legaten S. 283 fg. Bangerow §. 554 Anm. 1. Es müſſen jedoch auch für das öſterr. Recht (a. M. Stubenrauch II S. 512 Note *) die übrigen beiden Grundſätze des röm. Rechts gelten, daß das Anwachſungsrecht auch dann ſtattfindet, wenn der Collegatar das Legat bereits erworben hatte und hinterher den Nießbrauch wieder verliert (L. 1 §. 3. L. 8 D. h. t. 7. 2), und daß die Anwachſung auch jenem Collegatar zu ſtatten kommt, der ſeinen Antheil an dem vermachten Nießbrauch bereits wieder verloren hat (L. 14 §. 1 D. de exc. rei jud. 44. 2. L. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1. L. 10 D. h. t. 7. 2), da beide Grundſätze nicht Eigenthümlichkeiten des R. R. bilden, ſondern in der Eigenheit des Nießbrauchs ſelbſt und in dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers ihren Grund haben, wonach der ganze Nießbrauch bei den Collegataren, ſo lange auch nur einer derſel-

ben vorhanden ist, verbleiben soll (arg. L. 56 §. 1 D. de usufr. 7. 1). Die unter ihnen stattfindende Theilung des Rechts ist nur eine provisorische, nicht eine definitive: praktisch genommen theilen sie sich nur in die Ausübung des Ususfruktus, in die vermachten Früchte (cf. L. 41 D. de usu leg. 33. 2. L. 20 D. de usufr. 7. 1), so daß die Concurrenz nicht mit einem Male abgethan ist, sondern so lange fortdauert, als der Nießbrauch ein gemeinschaftlicher ist. L. 1 §. 3 D. h. t. . . . Ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum. Vgl. auch Schneider S. 285 fg. 291 fg. Vangerow §. 554 Anm. 1. Nr. II. III. — Über das Anwachsungsrecht bei dem Vermächtniß des Usus vgl. Vangerow §. 554 Anm. 2, der jedoch wohl mit Unrecht behauptet, daß im Fall gemeinschaftlichen Vermächtnisses des Usus jedem Collegatar der ganze Usus an einem ideellen Theil der Sache zugewiesen werde, während doch vielmehr eine Theilung der Ausübung nach stattfindet. System I §. 67 a. E.

b) Vermächtniß von Forderungen.

§. 72.

Der Erblasser kann 1) die ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung, also dasjenige was dieser ihm schuldet[a], einem Andern vermachen (legatum nominis)[1]. Dem Legatar gebührt in Folge dessen die Forderung sammt den Accessionen, insbesondere sammt den rückständigen und den weiter laufenden Zinsen (§. 664)[b], und der Erbe ist verpflichtet, ihm dieselbe abzutreten[c] und alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel auszuliefern (§. 664)[d]. Das Vermächtniß ist jedoch nur wirksam, wenn und soweit die Forderung wirklich besteht[e], mag gleich ein bestimmter Betrag derselben vom Erblasser angegeben worden sein, und nur insoweit nutzbringend, als vom Schuldner Zahlung zu erlangen ist[f]. Das Vermächtniß erlischt durch die Tilgung der Forderung[g], es müßte denn erst dem Erben[h] oder zwar schon dem Erblasser selbst gezahlt worden sein, dieser aber erweislich die Absicht gehabt haben, das Vermächtniß fortbestehen zu lassen[i], was insbesondere dann kraft gesetzlicher Vorschrift anzunehmen ist, wenn der Schuldner die Forderung aus

[a] L. 59 D. de leg. III. L. 25 §. 1 D. quando dies 36. 2. cf. L. 50 §. 2 D. de leg. II. [b] L. 34 pr. D. de leg. III. cf. L. 18 C. de leg. 6. 37. §. 21 I. de leg. 2. 20. Vgl. §. 178 Ges. v. 9. Aug. 1854. [d] L. 44 §. 6. L. 75 §. 2. L. 105 D. de leg. I. L. 10 D. de lib. leg. 34. 3. L. 19 §. 4 D. quando dies 36. 2. [e] L. 75 §. 1. 2 D. de leg. I. L. 25 D. de liber. leg. 34. 3. cf. L. 25 §. 1 cit. 36. 2. [f] L. 105 cit. L. 22 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2. [g] §. 21 I. cit. L. 75 §. 2. L. 82 §. 5 D. de leg. I. L. 21 pr. §. 1 D. de lib. leg. 34. 3. [h] L. 21 §. 2 D. eod. 34. 3. [i] cf. L. 11 §. 13. L. 64 D. de leg. III. L. 88 pr. D. de leg. II. L. 23. 31 §. 3 D. de adim. leg. 34. 4.

eigenem Antrieb berechtigt hat (§. 725), während wenn der Erblaſſer die vermachte Forderung vom Schuldner eingetrieben und erhoben hat, das Legat als widerrufen anzuſehen iſt (§. 724)[2]. Das Vermächtniß aller ausſtehenden Forderungen begreift alle zur Zeit des Todes noch nicht eingegangenen Geldforderungen, mit Ausnahme der in öffentlichen Creditpapieren oder auf Hypotheken anliegenden Capitalien (§. 668)[3].

2) Der Erblaſſer kann ſeine Forderung an den Schuldner dieſem ſelbſt vermachen, ſomit dieſem die Befreiung von der Schuld legiren[k] (legatum liberationis)[4]. Der Legatar wird dadurch von der Schuld ſammt den rückſtändigen Zinſen[l] frei und kann Rückſtellung des Schuldſcheins, Quittungsausſtellung ſowie unter Umſtänden Löſchung der Schuldpoſt im öffentlichen Buche fordern[m] (§. 664). Das Vermächtniß der Schuldbefreiung iſt wirkungslos, wenn die Schuld nicht beſteht, mag gleich ihr Gegenſtand vom Erblaſſer angegeben ſein[n]; es iſt im Zweifel nur von den zur Zeit der Errichtung des Vermächtniſſes beſtehenden Schulden zu verſtehen[o] und nicht weiter auszudehnen, als in der Abſicht des Erblaſſers lag[p] (§. 666)[5]; es erliſcht durch Tilgung der Schuld[q], insbeſondere durch Zahlung an den Erblaſſer[6], während Zahlung an den Erben in Unkunde des Vermächtniſſes zur Rückforderung berechtigt (§. 1431)[r].

3) Der Erblaſſer kann ſeinem Gläubiger vermachen, was er ihm ſelbſt ſchuldig iſt, ſomit ſeine eigene Schuld legiren (legatum debiti). Der Erbe wird hiedurch verpflichtet, dem Legatar den vom Erblaſſer angegebenen oder von jenem ausgewieſenen Schuldgegenſtand ohne Rückſicht auf die etwaigen Beſchränkungen oder Hemmniſſe der vermachten Schuld zu entrichten (§. 665)[s]; der Legatar kann den angegebenen Schuldgegenſtand als Vermächtniß fordern, ſollte gleich die angebliche Schuld gar nicht beſtehen[t], und im Fall

[k] Dig. de liberatione legata 34. 3. §. 13 I. de leg. 2. 20. cf. L. 24 D. de leg. III. [l] L. 28 §. 6. L. 31 §. 4 D. h. t. 34. 3. [m] L. 3 §. 3. L. 7 §. 1. L. 22 D. h. t. L. 17 C. de fideic. 6. 42. cf. L. 19 §. 3. 4 D. quando dies 36. 2. Syſtem II §. 124 Note 20. [n] L. 75 §. 2 D. de leg. I. L. 13. 25 D. h. t. cf. L. 7 §. 2 eod. [o] L. 28 §. 1. 2 D. h. t. cf. L. 16 D. eod. [p] L. 1 §. 1. L. 2 pr. L. 3 §. 3. L. 5. 7 pr. §. 3. 4. L. 8 §. 1. 2. L. 10. 28 §. 9. L. 31 §. 2 D. h. t. [q] L. 7 §. 4. L. 21 pr. §. 1 D. h. t. cf. L. 31 §. 5 eod. [r] L. 7 §. 7 D. h. t. L. 24 eod. L. 26 §. 7 D. de cond. indeb. 12. 6. [s] §. 14 I. de leg. 2. 20. L. 13. 14. 25. 28. §. 13 D. h. t. 34. 3. L. 28 pr. L. 29 D. de leg. I. L. 82 pr. D. de leg. II. L. 1 §. 10. L. 5. 81 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2. [t] §. 15 I. cit. L. 25 D. h. t. L. 75 §. 1 D. de leg. I. L. 88 §. 10 D. de leg. II.

ihres Bestandes sein Recht sowohl mit der Vermächtnißklage als mit der ursprünglichen Schuldklage[u] geltend machen[7]. Im Zweifel ist ein Vermächtniß an den Gläubiger nicht als Schuldvermächtniß oder Vermächtniß zur Abtragung der Schuld anzusehen[v] (§. 667)[8].

Anm. [1] Über das Vermächtniß einer alternativen Forderung oder einer Forderung gegen Correalschuldner an mehrere Legatare vgl. L. 75 §. 4 L. 76. 82 §. 5 D. de leg. I. L. 13 pr. L. 50 §. 1 de leg. II. Roßhirt II S. 242 fg. Arndts im R. L. VI S. 337. Pandekt. §. 576 Nr. 1. Fitting, Correalobl. S. 158. 159. 183 fg. Gleichbedeutend mit dem Vermächtniß einer Forderung ist das Vermächtniß eines Schuldscheins. L. 44 §. 5. D. de leg. I. L. 59 D. de leg. III. Das Vermächtniß alles dessen, was jemand dem Erblasser schuldig ist (aller Forderungen gegen einen Dritten), begreift im Zweifel alle zur Zeit des Todes vorhandenen Forderungen. A. M. Zeiller II S. 606. Stubenrauch II S. 473. Dem Erben kann auch auferlegt werden, eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten dem Legatar abzutreten; es kann dem Legatar aber auch die einem Dritten zustehende Forderung vermacht werden, in welchem Fall der Erbe verpflichtet ist, dem Legatar diese Forderung zu verschaffen (arg. §. 662).

[2] Das österr. Gesetzb. (§. 724. 725. westgal. Gesetzb. II §. 509. 510) spielt diese ganze Frage auf das Gebiet des Widerrufs hinüber, was jedoch unpassend ist, da wenn die Forderung einmal durch Zahlung getilgt ist, das Legat der Forderung als solcher aus objektiven Gründen (exstinguitur enim ipsa constantia debiti L. 11 §. 13 D. de leg. III.) gar nicht mehr vorhanden ist (Stellen der Note g) und hiemit die quaestio voluntatis, ob der Erblasser das legatum nominis habe aufheben oder fortbestehen lassen wollen, gar nicht aufgeworfen werden kann. Die Frage kann vielmehr nur die sein, ob der Erblasser an die Stelle der vermachten Forderung den erhaltenen Schuldgegenstand treten lassen wollte, ob er also das Vermächtniß des Geschuldeten in das Vermächtniß des Empfangenen umwandeln wollte. Um diese Frage bejahend beantworten zu können, muß sich der betreffende Wille des Erblassers, den einen Vermächtnißgegenstand an die Stelle des andern zu setzen, irgendwie erkennbar geäußert haben, wie durch Aufbewahrung, Hinterlegung, Anlegung oder Verwendung des empfangenen Schuldobjekts für den Legatar (Stellen der Note i), und ist hiebei der Umstand, daß der Schuldner aus eigenem Antrieb gezahlt hat, nur ein die Erkennbarkeit des Surrogirungswillens unterstützendes Moment (L. 11 §. 13 cit. verb. maxime, quia non ipse etc.). Diesen Surrogatsstandpunkt, welchen das gemeine Recht (Stellen der Note i) einnimmt (vgl. insbes. Roßhirt II S. 268 fg.; ebenso A. L. R. I 12 §. 412. 413), hat das österr. Gesetzb. verlassen und unpassender Weise alles lediglich darauf gestellt, ob der Schuldner aus eigenem Antrieb oder auf Nöthigung des Gläubigers gezahlt hat. Wie aber steht es einerseits, wenn der Erblasser, weil er Insolvenz oder Entfernung des Schuldners befürchtete, die Zahlung eingetrieben hat oder genöthigt war, um

[u] L. 11 D. h. t. L. 28 §. 13 eod. L. 28 pr. D. leg. I. L. 3 §. 2 D. de leg. III. [v] L. 85 D. de leg. II. L. 16 C. eod. 6. 37. L. un. §. 3 C. de rei uxor. act. 5. 13.

nicht die ganze Forderung auf's Spiel zu setzen, dieselbe im Concurs- oder Ausgleichsverfahren geltend zu machen, und andererseits wenn der Erblasser die vom Schuldner aus freiem Antrieb geleistete Sache veräußert oder die freiwillig bezahlte Summe verthan hat? Wenn vollends das Legat etwa lautet: ich vermache dem A die Uhr, die ich von B zu fordern habe, so ist schon von vornherein gar kein Zweifel, daß eigentlich der Gegenstand der Forderung, und diese selbst nur als ein Mittel zum Zweck, vermacht ist, daher auch im Fall der freiwilligen Eintreibung der Forderung eine Willensänderung des Erblassers im Zweifel nicht anzunehmen ist. Vgl. auch Brinz S. 905. Es kommt somit alles darauf an, ob dem Willen des Erblassers gemäß lediglich die Forderung oder eigentlich der Schuldgegenstand vermacht ist. — Über die Entstehung von Gegenforderungen nach Errichtung des Vermächtnisses der Forderung vgl. A. L. R. I 12 §. 411.

[3] Es kommt somit auf den Gegensatz der sog. laufenden und festen Forderungen, der ausständigen und angelegten Gelder hinaus. Zeiller II S. 612. Daß Loose, Actien und Banknoten unter dem Vermächtniß der ausstehenden Forderungen nicht mit inbegriffen sind, ergibt sich von selbst aus der Natur dieser Effekten. Daß aber weder „die aus einem dinglichen Recht entstehenden Forderungen" (§. 668. System I §. 61 Note 41. II §. 108) noch die auf etwas anderes als Geldsummen gerichteten Forderungen zu jenem Vermächtniß gehören, folgt aus dem Sprachgebrauch, wonach unter Forderungen und Schulden im Unterschied von Ansprüchen und Verpflichtungen gewöhnlich nur Geldforderungen und Geldschulden verstanden werden: sicher denkt auch der Erblasser, der jemand seine ausstehenden Forderungen vermacht, nicht daran, demselben etwa auch den Anspruch auf Restitution oder Tradition einer bestimmten Sache zu gewähren. Vgl. westgal. Gesetzb. II §. 456: „Unter dem Vermächtniß aller ausstehenden Forderungen ist weder eine vermiethete oder zum Gebrauch ausgeliehene Sache, noch (?) der Ersatz begriffen, welchen ein Dritter wegen geführter Verwaltung in die Masse schuldig ist." — Es ist unter unseren Schriftstellern streitig, ob unter den ausstehenden Forderungen im Zweifel nur die zur Errichtungszeit oder auch die zur Todeszeit ausstehenden Forderungen zu verstehen seien (für die erstere Ansicht: Zeiller II S. 612. Stubenrauch II S. 474. Füger, Erbr. II S. 148. 150 fg.; für die letztere: Nippel IV S. 320. 321. Winiwarter III S. 193. 194. Ellinger zu §. 668): es ist kein Grund vorhanden, von der allgemeinen Regel abzuweichen (vgl. §. 683), wonach der Gegenstand eines Vermächtnisses im Zweifel nach der Zeit des Todes zu bestimmen ist, und wovon nur §. 666 eine auf richtiger Interpretation des Willens des Erblassers beruhende Ausnahme enthält.

[4] Prockner, über den letztwillig angeordneten Schuldenlaß, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1836 II S. 30 fg. 60 fg. Ein Vermächtniß der Schuldbefreiung ist auch dann vorhanden, wenn dem Schuldner das was er dem Erblasser schuldig ist vermacht (L. 1 pr. L. 25. D. h. t. 34. 3. Paul. R. S. III 6 §. 11), oder dem Erben die Geltendmachung der Forderung untersagt (L. 2 pr. L. 15. 20 pr. L. 22 D. h. t.), oder ihm aufgetragen wird, den Schuldschein zurückzustellen cf. L. 3 §. 1. 2 D. h. t. cf. L. 18 §. 2 D. de m. c. d. 39. 6; vgl. §. 677. Unter Umständen kann auch in der Erklärung des Erblassers, daß eine Schuld getilgt sei, daß er vom Schuldner nichts mehr zu fordern habe u. ä., ein Vermächtniß der

Schuldbefreiung liegen. L. 6 §. 1 D. de pecul. leg. 33. 8. L. 1. 4 C. de falsa caus. 6. 44. cf. L. 28 D. de m. c. d. 39. 6. Zu dieser Stelle sowie zu L. 18 §. 2 cit. vgl. Savigny, System IV §. 170 Note cc. Bähr, die Anerkennung S. 203. Dem Erben kann auch auferlegt werden, seine eigene Forderung dem Schuldner zu erlassen (L. 24 D. h. t. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 370. 371), oder diesen von seiner Schuld an einen Dritten zu befreien (L. 8 pr. L. 11 D. h. t.; unrichtig Rippel IV S. 314), worin zugleich ein Vermächtniß zu Gunsten des Dritten enthalten sein mag. L. 3 §. 5. L. 4 D. h. t. Ein Vermächtniß der Schuldbefreiung ist für die Miterben vorhanden, wenn einem Erben allein auferlegt ist, dem Gläubiger des Erblassers die ganze Schuld zu bezahlen. L. 7 §. 3 D. h. t. 34. 3. L. 69 §. 2 D. de leg. I. cf. L. 49 §. 4. 5 eod. Über das Vermächtniß der Befreiung von der Rechnungslegung vgl. Brinz S. 877. Über das Prälegat der Schuldbefreiung: L. 42 D. fam. ercisc. 10. 2.

[5] Wird durch das Vermächtniß bloß Stundung gewährt, so müssen im Zweifel dennoch die bedungenen Zinsen der Zwischenzeit bezahlt werden. §. 660. (Anders nach röm. Recht. L. 8 §. 2 D. h. t.) Die für die verspätete Zahlung bedungene Conventionalstrafe kann aber natürlich nicht gefordert werden. L. 8 §. 2 cit.

[6] Mit Recht bemerkt Winiwarter III S. 272, daß in der Eintreibung der Forderung von Seite des Erblassers, dafern er von dieser Eintreibung nicht wieder abgestanden ist, ein stillschweigender Widerruf des legatum liberationis liege. Wenn Stubenrauch II S. 570 Note *** dagegen meint, daß es dieser Behauptung „an einem genügenden Grunde" fehle, so darf man wohl fragen, ob es einen grelleren Widerspruch gebe, als den Willen, dem Schuldner die Schuld zu erlassen, und den Willen, daß der Schuldner die Schuld bezahle? Läßt sich denn vernünftigerweise annehmen, daß wenn der Erblasser während des Prozesses über die Bezahlung der vermachten Schuld stirbt, nunmehr sein Erbe, statt den Prozeß fortsetzen zu dürfen, den Schuldner liberiren und ihm den im Prozeß producirten Schuldschein zurückstellen müsse? Und wie dann, wenn gar schon das condemnatorische Urtheil ergangen wäre?

[7] In diesem Fall ist eine Concurrenz von Ansprüchen und Klagen vorhanden (System II §. 117 Note 12) und der Gläubiger-Legatar kann sich zu seinem Vortheil der einen oder der anderen Klage bedienen. Macht er seinen Anspruch in der Rechtsform des Legates geltend, so muß er sich auch die in §. 685 bestimmte Frist gefallen lassen; will er seine Forderung früher realisiren, so muß er als Gläubiger auftreten und den erforderlichen Beweis der Schuldforderung führen (Samml. Nr. 369), was natürlich auch dann gilt, wenn er sich einen etwaigen Abzug (§. 691 fg.) nicht gefallen lassen will. cf. L. 28 §. 1 D. de leg. I. L. 57. 81 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2. Andern berechtigten Personen, wie Gläubigern und Notherben, vermag die Anerkennung der Schuld durch den Erblasser nicht zu präjudiciren. §. 665. cf. L. 28 pr. D. ad Sc. Vell. 16. 1. Ein Schuldvermächtniß kann auch darin liegen, daß der Erblasser in seinem Testament bekennt, einer bestimmten Person schuldig zu sein (arg. L. 28 pr. D. ad Sc. Vellej. 16. 1. L. 6 §. 1 D. de pec. leg. 33. 8. L. 1. 4 C. de falsa causa 6. 44): es kommt nur darauf an, ob diese Erklärung (das Schuldbekenntniß) informativ oder dispositiv gemeint ist: im

Zweifel iſt letzteres anzunehmen, da die Erklärung eine letztwillige iſt. Bähr, die Anerkennung S. 202. 203. Arndts in der G. Z. 1859 Nr. 10...12 gegen Freudenreich im Juriſt. Bd. 10 S. 139 fg. und Stubenrauch III S. 474. Das Schuldvermächtniß kann auch in der Geſtalt vorkommen, daß der Erblaſſer dem Gläubiger eines Dritten dasjenige vermacht, was dieſer jenem ſchuldet: hierin kann zugleich oder hauptſächlich ein Vermächtniß der Schuldbefreiung für den Dritten liegen. L. 3 §. 5. L. 4 D. de lib. leg. 34. 3. L. 11 §. 22 D. de leg. III. L. 49 §. 6 D. de leg. I.

[8] Vermacht jedoch der Erblaſſer dem Legatar eine beſtimmte Sache, welche er dieſem ohnehin ſchuldig iſt, ſo kann der Legatar nur die Sache, nicht überdies auch deren Werth fordern.

3. Vermächtniß eines Vermögensganzen.

§. 73.

Ein Inbegriff von Vermögensrechten kann den Gegenſtand eines Vermächtniſſes und ſomit der Einzelnachfolge bilden[a], dafern nur derſelbe nicht in einem aliquoten Theil des eigenen Erbvermögens des Erblaſſers beſteht[1]. Ein ſolches Vermächtniß (z. B. eines Handelsgeſchäfts[b]) gewährt dem Legatar den Anſpruch auf Überlaſſung des vermachten Vermögens in dem Zuſtand, in dem es ſich zur Zeit des Todes des Erblaſſers befindet[c]. Bildet insbeſondere die Erbſchaft eines Dritten, welche dem Beſchwerten[d] oder dem Erblaſſer ſelbſt[e] zugefallen iſt[2], oder ein aliquoter Theil derſelben den Gegenſtand der Zuwendung (ſog. fideicommissum hereditatis alienae), ſo findet zwiſchen dem Vermächtnißträger und dem Vermächtnißnehmer daſſelbe Verhältniß ſtatt, wie zwiſchen dem Veräußerer und dem Erwerber einer veräußerten Erbſchaft (§. 1278 fg.)[f].

Anm. [1] Über das ſog. legatum partitionis (§. 5 I. de fid. her. 2. 23. L. 22 §. 5 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 23. 26 §. 2. L. 27. 104 §. 7 D. de leg. I. L. 8 §. 5. L. 9 D. de leg. II.) vgl. oben §. 20 Anm. 6. §. 54 Anm. 4 und Keller, Pandekt. §. 570.

[2] Es wird zwar auf gemeinrechtlichem Gebiet gewöhnlich behauptet (Puchta, Vorleſ. II S. 502. Vangerow II S. 643. Arndts §. 580), daß im Fall des Legats einer dem Erblaſſer ſelbſt zugefallenen Erbſchaft nicht ein Singularvermächtniß,

[a] Syſtem I §. 57 Nr. III. [b] L. 77 §. 16 D. de leg. II. cf. Dig. de peculio legato 33. 8. [c] L. 77 §. 16 cit. L. 8 §. 8. L. 11. 19 §. 2 D. de pecul. leg. 33. 8. §. 20 I. de leg. 2. 20. [d] L. 17 §. 1. L. 27 §. 9. 10 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [e] L. 76 §. 1 D. de leg. II. L. 29 §. 2 D. de leg. III. L. 16 §. 5. 6 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 2 pr. D. de instr. leg. 33. 7. L. 14 C. de her. inst. 6. 24. [f] L. 76 §. 1. L. 88 §. 2 D. de leg. II. L. 29 §. 2. L. 34 §. 2 D. de leg. III.

ſondern ein Univerſalfideicommiß anzunehmen ſei (arg. L. 16 §. 5. 6 D. ad Sc. Trebell. 36. 1): dagegen hat ſich jedoch mit Recht, Keller, Pand. S. 1051 erklärt. Auf dem Boden des öſterr. Rechts iſt vollends kein Grund vorhanden, an dem Eintritt der Singularſucceſſion in einem ſolchen Fall zu zweifeln. Vgl. oben §. 20 Anm. 1.

4. Vermächtniß wiederkehrender Leiſtungen.

§. 74.

Iſt jemand eine gewiſſe Summe oder Quantität als ein in beſtimmten Friſten wiederkehrend zu leiſtender Betrag vermacht, ſo nennt man dies ein Rentenvermächtniß (§. 687)[a]. Die Dauer des Rentenbezuges erſtreckt ſich im Zweifel auf die Lebenszeit[b] des Vermächtnißnehmers[1]. Dieſes Vermächtniß löſt ſich in ſo viele einzelne Vermächtniſſe auf, als ſich Leiſtungstermine ergeben[c]; jedes derſelben hat ſeinen eigenen Anfall, der in der Regel mit dem Anfang der beſtimmten Friſt[d], welche vom Todestag des Erblaſſers an zu berechnen iſt[e], eintritt (§. 687); die einzelne Rente wird aber erſt mit Ablauf der beſtimmten Periode fällig (§. 687)[2] und verjährt von da an für ſich[f] in drei Jahren[g] (§. 1480)[3]. Verſchieden vom Rentenvermächtniß iſt das Vermächtniß einer beſtimmten Summe mit Feſtſetzung mehrerer Zahlungstermine (Ratenvermächtniß): hier iſt nur Ein Legat vorhanden, daher auch die Erben des Bedachten die nach und nach fällig werdenden Theilbeträge (Raten) zu fordern berechtigt ſind[h], welche denn auch nicht der dreijährigen Verjährung unterliegen.

Eine beſondere Art des Rentenvermächtniſſes iſt das Vermächtniß des Unterhalts[i]. Dieſes Vermächtniß begreift, dafern nicht der Erblaſſer eine beſtimmte Summe oder beſtimmte Einkünfte[k] ausgeſetzt hat, im Zweifel alles zum eigentlichen Lebensunterhalt[l] und zur Erziehung des Legatars Erforderliche (§. 672)[4]. Denſelben Inhalt hat das Vermächtniß der Erziehung[m], während das Vermächtniß der Koſt nur Speiſe und Trank in ſich begreift[n] (§. 672). Das Maß

[a] Dig. de annuis legatis 33. 1. Weſtgal. Geſetzb. II §. 475. [b] L. 8 D. h. t. L. 10 D. de cap. min. 4. 5. [c] L. 4. 11 D. h. t. L. 10. 11. 12 pr. L. 20 D. quando dies 36. 2. [d] L. 5. 8. 22 D. h. t. L. 12 §. 1. 4 D. quando dies 36. 2. L. 1 C. eod. 6. 53. [e] L. 12 §. 3 D. cit. 36. 2. [f] L. 7 §. 6 C. de praescr. 30 vel 40 annor. 7. 39. [g] Samml. Nr. 142. [h] L. 3. 15 D. h. t. L. 12 §. 4. L. 20. 26 §. 2 D. cit. 36. 2. [i] Dig. de alimentis vel cibariis legatis 34. 1. L. 20 D. quando dies 36. 2. [k] cf. L. 56 §. 1 D. de usufr. 7. 1. [l] L. 1. 6 D. h. t. cf. L. 14 §. 3 eod. [m] L. 23 D. h. t. [n] L. 21 D. h. t. cf. L. 43. 44 D. de V. S.

der Alimente, welche in Natur oder Geld zu leisten sind, ist, wenn sich der Wille des Erblassers aus den Umständen, insbesondere aus der etwa bei seinen Lebzeiten geleisteten Unterstützung[o], nicht entnehmen läßt, durch richterliches Ermessen nach dem Stand und den Lebensbedürfnissen des Legatars mit Rücksicht auf die Größe des Nachlasses zu bestimmen (§. 673)[p]. Das Legat des Unterhalts und der Kost erstreckt sich im Zweifel auf Lebenszeit[5] und endet jedenfalls mit dem Tode des Bedachten[q]; das Vermächtniß der Erziehung endet mit dessen Volljährigkeit (§. 672)[r]. Dem Legatar sind die Alimente vom Tod des Erblassers[s] an zu reichen (§. 691)[6]; er kann den Anspruch darauf sofort geltend machen[t] und die Entrichtung derselben, wenn der Erblasser nichts anderes festgesetzt hat, wenigstens auf einen Monat im vorhinein verlangen (§. 1418).

Anm. [1] Die Rente kann auch als eine immerwährende einer juristischen Person (L. 6. 20 §. 1. L. 23. 24 D. h. t. L. 3 §. 2 D. ad leg. Falcid. 35. 2) oder einer physischen Person mit Erstreckung auf deren Erben und Erbeserben zugedacht werden. L. 22 C. de leg. 6. 37. Vgl. Samml. Nr. 113. Ist die Größe des Betrags nicht angegeben, so ist aus den Umständen der wahrscheinliche Wille des Erblassers zu erschließen. L. 14. L. 10 §. 2. 3. D. h. t. arg. §. 673. Ist die periodische Frist nicht bestimmt, so sind in der Regel Jahrestermine anzunehmen. L. 17 pr. D. h. t. cf. L. 58 §. 1 D. de usufr. 7. 1. Ist die Rente aus bestimmten Grundstücken vermacht, so ist aus den Umständen zu entnehmen, ob das Vermächtniß eines persönlichen Rentenanspruchs (L. 12. 17 §. 1. L. 21 pr. D. h. t. L. 58 §. 1 cit. 7. 1. L. 38 D. de usu leg. 33. 2. Roßhirt II S. 103 fg.) oder das Vermächtniß einer Reallast (Gerber, System §. 169) gemeint sei. — Über das Rentenvermächtniß vgl. Roßhirt II S. 98 fg. Mayer, Lehre von den Legaten I §. 41.

[2] Treten solche Fälligkeitstermine noch vor Ablauf der Jahresfrist nach dem Tode des Erblassers ein, so kann die Zahlung sofort gefordert werden, ohne daß der Legatar den Ablauf der Jahresfrist (§. 685) abzuwarten genöthigt wäre. cf. L. 30 §. 3 D. de leg. I. Zeiller II S. 640. 641. Ellinger zu §. 687. A. M. Winiwarter in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1830 I S. 185 und Comment. III S. 218. 219. Rippel IV S. 360. 361. Stubenrauch II S. 510.

[3] Die Annahme einer Verjährung des Rechts auf die vermachten Renten in seiner Totalität läßt sich wohl nicht rechtfertigen (arg. L. 28 D. quib. mod. usufr. 7. 4. Roßhirt II S. 111 fg. und insbes. Demelius, Untersuchung. I S.

[o] L. 9 §. 1. L. 14 §. 2. L. 15 §. 1. 2. L. 22 pr. D. h. t. L. 14 D. de annuis leg. 33. 1. [p] L. 22 pr. D. h. t. L. 14 D. cit. 33. 1. cf. L. 1 §. 1 D. de leg. II.
[q] L. 14 pr. D. h. t. L. 8 §. 10 i. f. D. de transact. 2. 15. L. 26 §. 2 i. f. D. quando dies 36. 2. [r] L. 4 C. si quis veniam 2. 45. System I §. 37 Noten 20. 21.
[s] L. 17 D. h. t. [t] Vgl. oben §. 64.

200 fg.): dennoch aber ist die Anwendung der Schlußbestimmung des §. 1480 auf das Rentenvermächtniß im Einklang mit der herrschenden Doctrin nicht zu bezweifeln. System II §. 120 Note 10. 11. Vgl. auch Zeiller II S. 640 Note*.

[4] Nach röm. Recht begreift das Legat des Unterhalts im Zweifel nicht auch die Erziehungskosten in sich (L. 6. 7 D. h. t.), und diese Bestimmung dürfte dem Willen des Erblassers angemessener sein als die des §. 672 (westgal. Gesetzb. II §. 463). Noch weiter geht das sächs. Gesetzb. §. 2473. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 445. Über das Alimentenlegat vgl. Roßhirt II S. 81 fg. Bangerow §. 552.

[5] Passender ist wohl die Vorschrift des A. L. R. I 12 §. 441, wonach wenn jemand, der sich nicht selbst verpflegen kann, Alimente vermacht werden, diese nur so lange zu reichen sind, als derselbe sich in diesem Zustand befindet. Vgl. auch Füger II S. 161. 162. Über Alimente, welche bis zur Pubertät oder Mündigkeit hinterlassen wurden, vgl. System I §. 37 Note 8. 9. Die Vorschrift des röm. Rechts, daß eine allgemeine Zurücknahme der Legate sich im Zweifel nicht auf das Alimentenlegat erstrecke (L. 18 §. 3 D. h. t.), gilt nach österr. Recht nicht. Über den Fall, wenn der Erblasser dem Erben aufträgt, einen Dritten ein Handwerk lernen zu lassen, vgl. L. 12 D. de leg. III.

[6] In §. 691 heißt es freilich, wie im westgal. Gesetzb. II §. 474, daß dem Legatar der Unterhalt „vom Tag des Erbanfalls" gebühre: allein darunter kann gewiß nur der regelmäßige Zeitpunkt des Erbanfalls (§. 545), somit die Todeszeit des Erblassers verstanden werden, da es gar keinen Sinn hätte, im Fall bedingter Erbeinsetzung den Unterhalt erst von der Erfüllung der Bedingung an zu gewähren. cf. L. 12 §. 3 D. quando dies 36. 2.

5. Vermächtniß eines Heiratsgutes.

§. 75.

Das Vermächtniß eines Heiratsgutes kann in doppelter Gestalt vorkommen, als Vermächtniß eines bestellten Heiratsgutes und als vermächtnißweise Bestellung eines Heiratsgutes. 1) Vermacht der restitutionspflichtige Gatte dem Rückforderungsberechtigten (§. 1229) das Heiratsgut[a], so ist ein Schuldvermächtniß vorhanden und die Erben müssen das empfangene[b] vom Gatten noch nicht restituirte[c] Heiratsgut ohne Geltendmachung etwaiger Gegenansprüche zurückgeben[d] beziehungsweise den vom Erblasser angegebenen Dotalgegenstand entrichten, sollte auch kein oder kein so großes Heiratsgut bestellt worden sein[e] (§. 669)[1]. Wird dagegen das Heiratsgut dem

[a] Dig. de dote praelegata (relegata) 33. 4. [b] L. 1 §. 7 D. h. t. §. 15 I. de leg. 2. 20. [c] L. 1 §. 5. 6 D. h. t. cf. L. 21 D. de leg. II. [d] cf. L. 1 §. 2. 4. L. 5 D. h. t. cf. L. 41 §. 1 D. de leg. II. [e] §. 15 I. cit. L. 1 §. 8. L. 6 D. h. t. cf. L. 21 D. de leg. II.

Restitutionspflichtigen vermacht, so liegt darin ein Vermächtniß der Schuldbefreiung[f] (§. 669)[2]. Auch kann der zur Rückforderung des Heiratsgutes Berechtigte seinen Dotalanspruch einem Dritten vermachen, worin das Vermächtniß einer Forderung liegt (§. 664). 2)[3] Wird einem Manne mit Rücksicht auf eine bevorstehende oder bereits bestehende Ehe ein Heiratsgut vermacht, so liegt hierin neben der vermächtnißweisen Bestellung der Dos für den Mann zugleich ein Vermächtniß für die Frau, indem es ihr Vortheil ist, dotirt zu sein und ihr nach Auflösung der Ehe das Heiratsgut zufällt (§. 1229): es sind daher beide Theile als bedacht zu betrachten[g] und jeder von ihnen kann das Vermächtniß in Anspruch nehmen[h]. Wird dagegen unter der gleichen Voraussetzung einer Frau ein Heiratsgut vermacht, so hat sie nur die Vermächtnißforderung[i], kraft deren sie verlangen kann, daß der Erbe entweder ihr den Vermächtnißgegenstand gebe, um ihn selbst zur Bestellung der Dos zu verwenden, oder dem Manne unmittelbar das Heiratsgut bestelle. In beiden Fällen enthält das Vermächtniß, dafern nicht die auch auf Hinzufügung einer Bedingung gerichtete Absicht des Erblassers mit Bestimmtheit erkennbar ist, nur[k] eine Zweckbestimmung und es kommen daher die Grundsätze über den Modus (§. 709. 710) zur Anwendung[4]. Wird dagegen einer Unverheirateten ohne Rücksicht auf eine bestimmte zu schließende Ehe ein Heiratsgut vermacht, so ist das Legat im Zweifel[l] weder als bedingtes noch als modales Vermächtniß anzusehen (§. 711)[5]. Ist der Dotalgegenstand vom Erblasser nicht bestimmt[m], so ist ohne Rücksicht auf das eigene Vermögen des Bedachten ein solcher Betrag zu geben, wie ihn der Vater der Honorirten bei mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande (§. 1220) als Heiratsgut verabreichen müßte (§. 670)[6].

Anm. [1] Über die dos praelegata vgl. Roßhirt II S. 316 fg. Auch bei diesem Schuldvermächtniß kommt die Vorschrift des §. 667 zur Anwendung. L. 17 §. 1 D. h. t. L. 1 §. 3 C. de rei uxor. act. 5. 13. Vermacht der Mann der Frau die Dos, während ein Anderer rückforderungsberechtigt ist (§. 1229), so ist das Legat im Zweifel wegen des obwaltenden Irrthums ungültig. L. 16 D. h. t.

[f] L. 11 D. h. t. [g] Vgl. oben §. 55 Anm. 8. [h] L. 71 §. 3 D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 48 §. 1 D. de jur. dot. 23. 3. cf. L. 69 §. 2 D. de leg. I. [i] L. 77 §. 9 D. de leg. II. [k] Vgl. System II §. 84 Note 16. [l] cf. L. 77 §. 9 cit. [m] L. 43 D. de leg. III. cf. L. 69 §. 4 D. de J. D. 23. 3.

Ungenau Stubenrauch II S. 477. Übrigens ist §. 669 ungenau gefaßt: es sollte statt „die als Heiratsgut eingebrachte Summe oder Sache ohne Beweis" heißen: die als eingebrachtes Heiratsgut angegebene Summe oder Sache.

[2] Mit Unrecht wird hin und wieder behauptet (Stubenrauch II S. 477 Note*), daß die Eltern, welche ihrer Tochter ein Heiratsgut geben, dem Schwiegersohn dasselbe nicht vermachen können, da dasselbe kraft gesetzlicher Vorschrift seinerzeit an die Gattin falle (§. 1229): allerdings kann durch eine solche Verfügung der Dotalanspruch der Gattin nicht entzogen werden, ein solches Legat ist aber als Vermächtniß der Befreiung von der Schuld an einen Dritten (die Gattin) wirksam und verpflichtet die Erben zur Bezahlung der Dotalschuld, dafern nicht etwa der Erblasser über die Berechtigung zur Rückforderung im Zweifel war.

[3] Über die Bestellung einer Dos durch Vermächtniß (legatum dotis constituendae): Hasse, das Güterrecht der Ehegatten (1824) I S. 319 fg. Roßhirt II S. 309 fg. Arndts im R. L. VI S. 340. 341. Erxleben, die condictiones sine causa II S. 149 fg. Pachmann, noch Einiges von dem Vermächtniß des Heiratsgutes nach österr. Recht, im Magazin Bd. 16 Nr. 1. — Unbegreiflich ist es, wie Füger, Erbr. II S. 156 fg. in der vermächtnißweisen Bestellung einer Dos von Seite eines Dotalpflichtigen (§. 1220) ein Schuldvermächtniß sehen kann: er verwechselt die Verpflichtung zur Bestellung einer Dos mit dem Inhalt des Vermächtnisses der Dos.

[4] Es kann daher der Bedachte die Entrichtung des Vermächtnisses noch vor Eingehung der Ehe fordern; kommt die Ehe nicht zu Stande, resp. ist sie zur Todeszeit des Erblassers schon aufgelöst, so erhält resp. behält der hieran unschuldige Honorirte in der Regel dennoch das ihm Zugedachte (§. 710), während dies nach röm. Recht nur dann stattfindet, wenn die Ehe in Folge der Weigerung des anderen Theiles nicht zu Stande kommt. L. 71 §. 3 D. cit. 35. 1. L. 1 C. de his quae sub modo 6. 45. Vgl. System II §. 99 Note 42. Erxleben S. 444 fg. Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung Nr. 113. Daß in diesen Fällen das Vermächtniß nicht ein bedingtes, sondern ein modales (legatum sub modo relictum) ist, kann nach röm. Recht nicht bezweifelt werden. L. 71 §. 3 cit. purum legatum est. Westphal, Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten (1793) S. 183. Hasse S. 326 fg. Erxleben S. 277 fg. (dessen Behauptung jedoch, daß das dem verheirateten Manne ausgesetzte Dotalvermächtniß ein legatum sub modo relictum nicht sei, da dem Manne dadurch geradezu eine Dos bestellt werde, mir nicht richtig scheint: es wird nur in diesem Fall die Zweckbestimmung des Vermächtnisses sofort und ohne weiters realisirt: in dotem solutio convertitur, pecunia dotis efficitur L. 71 §. 3 cit.). Windscheid, Voraussetzung Nr. 25. 29. 79. In eigenthümlicher Weise mißversteht Pachmann S. 8 fg. die angeführte L. 71 §. 3. Aber auch nach österr. Recht muß ein solches Vermächtniß in der Regel als modales gelten, da man den Ausdruck „als Heiratsgut", „zum Heiratsgut" im Zweifel nur auf den Zweck, zu dem das Vermächtniß bestimmt ist, beziehen kann. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 488.

[5] In diesem Fall (vgl. Glück, Bd. 4 S. 462 Note 98) ist die Verwendungsbestimmung doch wohl nur enunciativ nicht dispositiv ausgesprochen. cf. L. 2 §. 7.

L. 3 D. de donat. 39. 5. System II §. 84 Note 13. §. 99 Note 32. Ebenso kann einem Manne ohne Rücksicht auf eine bestimmte Ehe eine Ausstattung (§. 1231) zugedacht sein. — Die Ansichten unserer Schriftsteller über die rechtliche Natur des Vermächtnisses der Dos sind ziemlich bunt. Sie haben gewöhnlich nur den Fall vor Augen, daß das Heiratsgut für eine künftige Ehe vermacht wurde, und unterscheiden dann nicht weiter, ob dies mit Rücksicht auf eine bestimmte zu schließende Ehe oder allgemein ohne solchen Hinblick geschah. Einige sehen das Legat als ein in allen Fällen bedingtes an (Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1831 II S. 145 fg. Pachmann in der angef. Abh. S. 1 fg. Füger II S. 158 fg.), Andere als ein durchwegs unbeschränktes (Zeiller II S. 614. 615. Rippel IV S. 323. 324. Ellinger zu §. 670), noch Andere endlich halten es für ein bedingtes, wenn es dem Manne, und für ein unbeschränktes, wenn es der Frau ausgesetzt wurde (Winiwarter III S. 195. 196. Stubenrauch II S. 478, welcher Note * und Note ** das röm. Recht unrichtig darstellt).

[6] Vgl. hierüber Pachmann S. 10 fg., der jedoch die L. 43 D. de leg. III. übersieht, wenn er behauptet, „daß das röm. Recht von dem Vermächtniß eines unbestimmten Heiratsguts nichts weiß." Ist die Legatarin ein uneheliches Kind, so ist das Heiratsgut, wenn ihre Mutter bekannt ist, in dem Betrag, welchen diese bei mittelmäßigem Vermögen zu geben verpflichtet wäre (§. 1220), im entgegengesetzten Fall aber nur mit Rücksicht auf den Stand der Legatarin auszumessen, arg. 673. Vgl. Damianitsch im Jurist. Bd. 10 S. 112 fg., der jedoch mit Unrecht den §. 670 auch auf den Fall anwenden will, wenn die Größe des im Testamente angegebenen Betrags aus zufälligen Gründen nicht mehr ermittelt werden kann oder wenn der Erblasser in der Absicht, einen andern Betrag auszusetzen, den niedergeschriebenen durchstrichen und jene Absicht nicht ausgeführt hat.

[7] Über die Einrechnungsvorschrift des §. 671 vgl. oben §. 46 Anm. 2.

6. Wahlvermächtniß.

§. 76.

Ist der eine oder der andere von mehreren individuell bestimmten Gegenständen vermacht (legatum alternativum), so sind so viele Vermächtnisse als Gegenstände vorhanden und die Wahl entscheidet, welches von den mehreren disjunctiv angeordneten Legaten das wirklich geltende sein soll, resp. welcher von den mehreren alternativ legirten Gegenständen der geschuldete sein soll[1]. In gleicher Weise bedarf es bei dem Vermächtniß von Gattungssachen (genus legatum) der Auswahl, um den zu leistenden Gegenstand zu individualisiren[2]. Diese Wahl steht in der Regel dem Erben zu zu (§. 656. 658)[3], doch muß er, wenn die vermachte Gattungssache aus den im Nachlaß befindlichen Sachen zu gewähren ist, eine solche wählen,

welche der Legatar brauchen kann[a] (§. 656. vgl. §. 658)[4]. Hat der Erblasser die Wahl dem Legatar überlassen (Wahlvermächtniß im engern Sinn, optio vel electio legata[b]), so kann derselbe von den zur Auswahl stehenden Sachen auch die beste wählen (§. 656)[c]; sein Wahlrecht ist jedoch unvererblich und es hat der Richter die zu leistenden Gegenstände mit Rücksicht auf Stand und Bedürfniß des Bedachten zu bestimmen, wenn der wahlberechtigte Legatar vor getroffener Wahl stirbt (§. 659)[5]; dasselbe gilt, wenn der Erblasser einem Dritten die Wahl anheimgegeben hat, und dieser die Vornahme derselben ablehnt oder vorher stirbt (§. 659)[6]. Der Wahlberechtigte kann von der einmal getroffenen und dem Gegentheil erklärten Wahl für sich allein nicht mehr abgehen[d] (§. 906)[7]. Der zufällige Untergang oder sonstige Hinwegfall eines der Wahlstücke befreit den Erben nicht[e] von der Vermächtnißlast[8], wohl aber der Eintritt des Zufalls nach vorgenommener Wahl (§. 1447)[f].

Anm. [1] Vgl. insbes. Fitting, die Natur der Correalobligationen §. 25...27, welcher m. E. in überzeugender Weise dargethan hat, daß bei alternativen Obligationen nicht duo in obligatione sunt, unum in solutione, sondern daß unum in obligatione est, nur vorderhand ungewiß welches, eine Ungewißheit, welche durch die Wahl gehoben wird. Daß auch bei dem alternativen Legat bald von mehreren Legaten (plura sunt legata: L. 34 §. 15 D. de leg. I. L. 8 §. 1 D. de leg. II.), bald von Einem Legat (unum est legatum: L. 8 §. 2 D. de leg. I. L. 27 D. de leg. II. L. 25 pr. D. quando dies 36. 2) gesprochen wird, erklärt sich daraus, daß von vornherein mehrere zur Auswahl gestellte Vermächtnisse vorhanden sind, von welchen aber doch nur Eines, das gewählte, definitiv und wirklich gilt: es sind mehrere Verschaffungen, aber nur Ein Verschafftes. Vgl. auch Fitting §. 23 und Anm. 170. Daher kann man auch nicht, wie gewöhnlich geschieht (Roßhirt II S. 24. 25. Vangerow II S. 621. 622), von Einem Anfall bei dem alternativen Legat sprechen: es finden vielmehr soviele in der Regel gleichzeitige Delationen statt, als Gegenstände alternativ vermacht sind. Ist nun der eine der alternativ vermachten Gegenstände unbedingt, der andere bedingt legirt, so findet der Anfall zu verschiedenen Zeiten statt, und stirbt der Legatar vor Erfüllung der Bedingung, so entscheidet sich nicht hiemit der Anfall für den unbedingt legirten Gegenstand (Arndts §. 579), sondern es zeigt sich vielmehr hinterher, daß das zuerst angefallene Legat nicht eines von mehreren möglichen, sondern daß es das einzige war. L. 14 pr. §. 1. L. 16 pr. L. 25 pr. D. quando dies leg. 36. 2. cf. L. 21 D. de usu leg. 33. 2. Diese Stellen, welche von der Auffassung des alternativen

[a] cf. L. 37 pr. L. 110 D. de leg. I. [b] Dig. de optione vel electione legata 33. 5. [c] L. 2 pr. D. h. t. [d] L. 5 pr. D. 84 §. 9 D. de leg. I. L. 11 §. 1 D. de leg. II. L. 20 D. de opt. leg. 33. 5. [e] L. 47 §. 3 D. de leg. I. cf. L. 82 §. 6. L. 84 §. 11 D. eod. [f] L. 84 §. 9 cit. L. 11 §. 1 cit.

Legats als unum legatum ausgehen, ſagen nur, daß es ſich mit dem Tode des Legatars entſcheide, ob das Eine Legat als alternatives oder einfaches transmittirt werde. Vgl. auch Arndts im R. L. VI S. 343.

[2] „Übrigens iſt es einleuchtend, daß das legatum generis und das alternative Legat ſich im einzelnen Fall um ſo mehr nähern, je weniger Individuen oder vorhandene Individuen in dem fraglichen Genus begriffen ſind, und je größer die Zahl der Individuen iſt, unter welchen die Alternative eröffnet iſt." Keller Pand. S. 1057. So richtig dieſe Bemerkung iſt, ſo findet zwiſchen beiden Legaten doch immer der prinzipielle Unterſchied ſtatt, daß bei dem genus legatum von vornherein nur Ein Legat vorhanden iſt, während bei dem legatum alternativum urſprünglich eine Mehrheit von Legaten vorhanden iſt, welche ſich erſt hinterdrein durch die Auswahl in die wirklich geltende Einheit verwandelt.

[3] Dieſe vom röm. Recht (Roßhirt II S. 2 fg. 21 fg. Vangerow §. 549) zum Theil abweichende Entſcheidung des öſterr. Rechts ſteht in vollem Einklang mit ſeiner Auffaſſung jedes Vermächtniſſes wie eines altrömiſchen Damnationslegates oder Fideicommiſſes. Vgl. oben §. 64 Anm. 1. L. 84 §. 9 D. de leg. I. L. 11 §. 1 D. de leg. II. Arndts §. 579 Anm. 2. Savigny, Obl. R. I S. 392 fg.

[4] Daſſelbe wird zu gelten haben, wenn der Erblaſſer von mehreren Gegenſtänden derſelben Gattung einen beſtimmten im Sinn hatte, denſelben jedoch nicht hinlänglich genau bezeichnet hat und ſich auch aus den Umſtänden nicht ermitteln läßt, welchen er gemeint habe. cf. L. 32 §. 1. L. 37 §. 1. L. 39 §. 6 D. de leg. I. cf. L. 1 D. de reb. dub. 34. 5. (Über L. 20 D. de leg. I. vgl. Vangerow II S. 619 und Brinz S. 896. 897.)

[5] Inſofern ſteht das legatum optionis nach öſterr. Recht in der Mitte zwiſchen dem vorjuſtinianiſchen und dem juſtinianiſchen Recht (§. 23 I. de leg. 2. 20. L. 19 D. h. t. 33. 5. L. 12 §. 7 D. quando dies 36. 2): das Vermächtniß iſt einerſeits nicht durch das Wählen von Seiten des Legatars bedingt, es wird aber anderſeits ohne das Wahlrecht transmittirt. Steht das Wahlrecht mehreren Perſonen, Erben oder Collegataren, zu und einigen ſich dieſe nicht über die Wahl, ſo entſcheidet das Loos, ein Schiedsmann oder der Richter; arg. §. 841. Zeiller II S. 595. cf. §. 23 I. cit. L. 3 pr. C. comm. de leg. 6. 43. Wählt der Legatar nicht innerhalb des ihm von dem Richter auf Verlangen eines dabei Betheiligten geſetzten Termins (arg. 865 a. E.), ſo verliert er in der Regel doch wohl nur das Wahlrecht (vgl. auch Rippel IV S. 299. 300), nicht auch das Wahlvermächtniß ſelbſt, wie nach röm. Recht (L. 6. 7. 8 pr. L. 13 §. 1. L. 17 D. h. t. 33. 5). Läßt der wahlberechtigte Erbe den ihm vom Erblaſſer zur Erklärung der Wahl geſetzten Termin verſtreichen, ſo geht das Wahlrecht auf den Legatar über. L. 11 §. 1 D. de leg. II. Iſt dem Legatar ein ſolcher Termin vom Erblaſſer geſetzt, ſo iſt aus dem übrigen Inhalt der Anordnung zu entnehmen, ob das Verſäumniß den Verluſt nur des Wahlrechts oder des Vermächtniſſes ſelbſt zur Folge haben ſoll.

[6] Daſſelbe wird wohl zu gelten haben, wenn der Dritte, der übrigens, abweichend vom röm. Recht (L. 37 pr. D. de leg. I.), bei der Wahl in Anſehung der Güte der Sache unbeſchränkt iſt (weſtgal. Geſetzb. II §. 456), innerhalb der ihm vom Richter auf Verlangen eines der Betheiligten geſetzten Friſt nicht wählt. Nach

röm. Recht geht, wenn der Dritte vor getroffener Wahl stirbt oder innerhalb Jahresfrist nicht wählt, das Wahlrecht auf den Legatar über, der aber in diesem Fall nicht die beste Sache wählen darf. L. 3 §. 1 C. comm. de leg. 6. 43.

[7] Vgl. auch Demelius, die Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 17 Nr. 2. Es versteht sich nach den im Obl. R. darzustellenden Grundsätzen von selbst, daß der Wahlberechtigte nicht Theile des einen und des andern alternativ oder generisch vermachten Gegenstandes, sondern nur denselben Gegenstand ganz fordern oder geben kann. L. 12 D. de opt. leg. 33. 5. L. 8 §. 2 D. de leg. I. L. 15 D. de leg. II. Vgl. auch Fitting S. 160 fg. Ebenso, daß der Erbe durch das Geben einer Gattungssache, welche dem Legatar hinterher gewährt wird, nicht befreit wird, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis. L. 29 §. 3 D. de leg. III. L. 71 §. 1 D. de leg. I. L. 58 D. de evict. 21. 2. cf. L. 9 §. 1 D. de opt. leg. 33. 5. Desgleichen kommen die Grundsätze des Obl. R. in Ansehung der Wirkungen des Irrthums über das Wahlrecht (vgl. §. 1435) und den Umfang des Wahlkreises (L. 2 §. 3. L. 3. 4. 5 D. de opt. leg. 33. 5) zur Anwendung. Insbesondere wird hienach der Wahlberechtigte, der irrigerweise meinte, es sei nicht generisch oder alternativ legirt, sondern eine individuell bestimmte Sache sei vermacht, seinen Irrthum geltend machen und das Gegebene resp. Empfangene zurückfordern resp. zurückstellen und statt dessen einen andern Gegenstand geben resp. fordern können, da der geleistete Gegenstand nicht der gewählte und daher nicht der geschuldete ist. L. 32 §. 3 D. de cond. indeb. 12. 6. Anders lautet freilich die Entscheidung der L. 19 D. de leg. II. Diese Stelle aber, deren erster Theil sich aus der Natur des Vindicationslegats (Demelius S. 23. 24), deren zweiter Theil sich aus dem Standpunkt der Damnation erklärt, wobei die condictio indebiti ohnehin ausgeschlossen war (§. 7 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. Gaj. II 283. Ulp. XXIII. §. 33), muß doch wohl hinter jener Stelle zurücktreten, dafern nicht noch heutzutage der Legatar ein Vindicationsrecht hat; arg. L. 10 C. de cond. ind. 4. 5. Vgl. Cujac. Observ. lib. 5. obs. 35. Savigny, Obl. R. I S. 397. 398. Unhaltbar scheint mir Bangerow's Erklärung und Rechtfertigung der L. 19 cit. (II S. 621. 622): sie enthält die petitio principii, daß trotz des Irrthums über das Wahlrecht dennoch gewählt worden sei und müßte consequent auch im Fall der L. 32 §. 3 cit. (Bangerow III S. 407) zur Anwendung kommen.

[8] Die ohnehin ganz unhaltbare Bestimmung des §. 907 ist nur auf alternative und beschränkt generische Obligationen aus Verträgen anzuwenden. System I §. 58 Note 25. Doch wird man wohl auch nach österr. Recht wie nach röm. Recht (L. 47 §. 3 D. de leg. I. Bangerow III S. 23) dem wahlberechtigten Erben das Recht einräumen, statt des zufällig untergegangenen Wahlstückes dessen Werth zu geben.

B. Die Folge aus Schenkungen auf den Todesfall.

§. 77.

I. Die Schenkung von Todeswegen oder auf den Todesfall (donatio mortis causa)[a] ist nach gemeinem Recht[1] eine Schenkung, welche in der Voraussetzung[2] oder unter der Bedingung gemacht[3] wird, daß der Beschenkte den Tod des Schenkers erlebe. Die Schenkung Todeshalber wird somit stets mit Rücksicht auf den Tod des Schenkers[4] gemacht, es sei nun mit Rücksicht auf eine nahe Todesgefahr oder im Hinblick auf den unvermeidlichen Tod überhaupt[b]; sie erlangt, selbst wenn die regelmäßige freie Widerrufbarkeit[c] vertragsmäßig ausgeschlossen sein sollte[d], erst mit dem Eintritt des früheren[e] oder doch gleichzeitigen[f] Todes des Schenkers sicheres Dasein und festen Bestand[5]. In Ansehung der möglichen Gegenstände und der Bewerkstelligung der Schenkung auf den Todesfall gilt dasselbe wie bei sonstigen Schenkungen[6]: sie kann daher geschehen durch Übertragung des Eigenthumsrechts[g] oder Verschaffung eines dinglichen[h] oder persönlichen Rechts[i], durch Aufgeben eines Rechts zum Vortheil des Beschenkten[k], und durch Begründung einer Forderung des Beschenkten gegen den Schenker[7]; sie kann ein ganzes Vermögen oder einen aliquoten Theil desselben zum Gegenstand haben[8]. Wird die Schenkung auf den Todesfall rückgängig, so kann der Schenker die gewährte Gabe sammt den in der Zwischenzeit vom Beschenkten gezogenen Früchten[l] mit einer persönlichen Klage[m] zurückfordern[9], die geschenkte Sache aber auch mit der Eigenthumsklage abholen[10].

Die Schenkung auf den Todesfall hat nach gemeinem Recht einen Doppelcharakter: sie bewirkt eine sofortige unmittelbare Zuwendung aus dem Vermögen des Lebenden[11], welche aber dennoch

[a] Dig. de mortis causa donationibus et capionibus 39. 6. Cod. de don. causa mortis 8. 57. [b] L. 2...6. L. 8 §. 1. L. 31 §. 2. L. 35 §. 4 D. h. t. §. 1 I. de donat. 2. 7. L. 4 C. h. t. Paul. R. S. III 7 §. 1. [c] L. 16. 30 D. h. t. §. 1 I. cit. Paul. l. c. §. 2. [d] L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t. Nov. 87 pr. c. 1. [e] L. 13 §. 1. L. 35 §. 4. L. 42 pr. D. h. t. [f] L. 26 D. h. t. L. 32 §. 14 D. de don. inter vir. 24. 1. L. 8 D. de reb. dub. 34. 5. §. 1 I. cit. [g] L. 2. 13 pr. L. 29. 33. 34 §. 1. L. 38. 39 D. h. t. [h] L. 1 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9. [i] L. 18 §. 1. L. 31 §. 3 D. h. t. [k] L. 24. L. 31 §. 1. 4. L. 35 §. 6 D. h. t. L. 10 §. 13 D. mand. 17. 1. [l] L. 12 D. de cond. caus. dat. 12. 4. L. 38 §. 3 D. de usur. 22. 1. cf. L. 14 D. h. t. 39. 6. [m] L. 35 §. 3. L. 30 18 §. 1 D. h. t.

in manchen Beziehungen so behandelt wird wie sonst eine Zuwendung aus dem Erbvermögen, indem das Geschenkte erst mit dem früheren Tode des Schenkers endgültig aus seinem Vermögen herausgeht[12]. Die Schenkung Todeshalber ist an sich ein Rechtsgeschäft unter Lebenden[13], welches jedoch in mancher Beziehung den Effekt einer letztwilligen Verfügung hat[n]; sie begründet eine Rechtsnachfolge unter Lebenden (successio inter vivos), welche aber dennoch in gewissen Punkten wie eine Nachfolge von Todeswegen (successio mortis causa) behandelt wird. Die Schenkung auf den Todesfall hat sonach eine zwitterhafte rechtliche Natur: sie ist eine in Form, Absicht und Erfolg dem Vermächtniß verwandte Schenkung[14].

II. In diesen zweideutigen Charakter der Schenkung auf den Todesfall hat man sich lange Zeit nicht zu finden gewußt. Irregeführt durch einige allgemein lautende Ansprüche Justinian's[o], meinte man, die Schenkung auf den Todesfall sei grundsätzlich und in durchgreifender Weise den Vermächtnissen gleichgestellt worden. Den Grund und die Rechtfertigung dafür glaubte man darin finden zu können, daß die Schenkung auf den Todesfall beliebig widerruflich sei, indem man, ganz mit Unrecht, in der freien Widerrufbarkeit das wesentliche Merkmal einer letztwilligen Verfügung sah[15]. Dagegen legte man andererseits dem ausdrücklichen Verzicht auf den Widerruf der Schenkung Todeshalber regelmäßig absolute Bedeutung bei (Unwiderruflichkeit nicht nur bei Sinnesänderung, sondern selbst im Fall des früheren Todes des Beschenkten) und mußte daher das fundamentale Wesen der Schenkung auf den Todesfall durch Beifügung eines solchen Verzichts für zerstört erklären[16]. Auf diese Art gelangte man dahin, in der regelmäßigen Widerruflichkeit resp. in der vertragsmäßigen Unwiderruflichkeit der Schenkung auf den Todesfall das entscheidende Kriterium dafür zu finden, ob eine Schenkung Todeshalber entweder als Vermächtniß oder als einfache Schenkung zu behandeln sei. Dieß ist der Standpunkt des österr. Rechts (§. 603. 956)[17]. Die widerrufliche Schenkung auf den Todesfall wird durchwegs als Vermächtniß behandelt, die für unwiderruflich erklärte dagegen gilt durchaus als gewöhnliche Schenkung[18]. Hienach gibt es in der That gar keine eigentliche Schenkung auf den Todesfall:

[n] L. 9 §. 2. L. 10 D. de don. int. vir. 24. 1. L. 4 i. f. C. h. t. [o] §. 1 I. cit. L. 4 C. h. t. Nov. 87 pr.

die widerrufliche Schenkung von Todeswegen büßt den Charakter der Schenkung als eines Rechtsgeſchäfts unter Lebenden gänzlich ein und wird in der Form wie in den Wirkungen wie eine letztwillige Verfügung behandelt[19], die ausdrücklich als unwiderruflich erklärte mortis causa donatio dagegen büßt den Charakter einer Zuwendung auf den Todesfall ganz und gar ein und wird in der Form (§. 943)[20] wie in den Wirkungen[21] wie eine reine Schenkung unter Lebenden behandelt. Um die Schwierigkeiten zu vermehren, kommt noch ein doppelter Übelſtand hinzu. Das bürg. Geſetzbuch (§. 956) charakteriſirt einerſeits die Schenkung auf den Todesfall in einer Weiſe, welche das wahre Weſen derſelben gar nicht trifft und daher nöthigt, manche Schenkung, die gar nicht Todeshalber gemacht iſt, als ſolche zu behandeln[22]; andererſeits ſpricht das Geſetzbuch (§. 956) nur von dem Schenkungsverſprechen mortis causa[p] und läßt daher die Frage offen, wie es in den Fällen einer auf andere Weiſe (z. B. durch ſofortige Tradition[q]) bewerkſtelligten Schenkung auf den Todesfall zu halten ſei[23]. So erſcheint denn dieſe Materie nach allen Seiten hin als in hohem Grade unbefriedigend geregelt[24].

Anm. [1] Schirach im civ. Arch. Bd. 2 Nr. 31. Müller, über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. 1827. (Dazu Zimmern in der Tübing. krit. Zeitſchr. Bd. 3 S. 232 fg.) Schröter in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 2 Nr. 4. Haſſe im Rhein. Muſ. Bd. 2 S. 300 fg. Bd. 3 S. 1 fg. 371 fg. Wiederhold in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 15 Nr. 4. Roßhirt, Vermächtniſſe I S. 80 fg. Mühlenbruch, Pandekt. Bd. 3 §. 769...772. Savigny, Syſtem Bd. 4 §. 170...174. Puchta, Pandekt. und Vorleſ. §. 72. 552. Schilling, Inſtit. Bd. 3 §. 353. Vangerow II §. 561...563. Arndts, Pandekt. §. 589. 590. Keller, Grundr. §. 339. Pandekt. §. 69. Mayer, Lehre von den Legaten I §. 14. Vgl. auch Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen I S. 403 fg.

[2] Die Schenkung mortis causa iſt eine ob rem datio, eine Gabe in ausgeſprochener Erwartung des früheren Todes des Schenkers, welche daher re non secuta d. i. im Fall des früheren Todes des Beſchenkten oder des glücklichen Überſtehens der nahen Todesgefahr (ſowie regelmäßig im Fall der Reue) widerrufen werden kann (condictio causa data causa non secuta). L. 19 pr. D. de R. C. 12. 1. Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligavit accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset, aut is qui accipiebat prior decessisset.... (cf. L. 2 pr. L. 52 D. de

[p] Syſtem II §. 95 Note 41. [q] L. 2 §. 5 D. de donat. 39. 5.

cond. indeb. 12. 6). L. 35 §. 3 D. h. t. 39. 6. Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit: scilicet ut cum convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea, quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid obtingat, et in istis condictio sequitur. L. 12 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. §. 1 I. de donat. 2. 7. Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit: sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit . . . L. 1 pr. D. de donat. 39. 5. Vgl. Erxleben, die condictiones sine causa II §. 9. Wesentlich verschieden von der Schenkung in Voraussetzung des Todes ist die Schenkung aus Veranlassung des erwarteten Todes: dies ist ein juristisch bedeutungsloses Motiv. L. 3 D. de donat. 39. 5. (Causa im Unterschied von Conditio. System II §. 99 Note 32.) L. 42 §. 1 D. h. t. Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla conditione redhibendi donasset . . . . . eum, qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem donare.

[3] Die Bedingung kann, namentlich bei Schenkungen durch sofortige Sachgewährung (Tradition), sowohl eine aufschiebende als eine auflösende sein: im Zweifel ist das letztere anzunehmen. L. 2. 29 D. h. t. L. 13 pr. L. 33. 39 D. eod. L. 1 pr. L. 18 §. 2 D. de donat. 39. 5. L. 15 i. f. D. de manum. 40. 1. cf. L. 11 D. de donat. int. vir. 24. 1. Hasse Bd. 2 S. 328 fg. Savigny S. 246 fg. Erxleben II S. 162. Zu der interessanten L. 11 cit. 24. 1 (in Verbindung mit L. 40 D. h. t.) vgl. Fitting, über den Begriff der Rückziehung S. 109...116. Scheuerl in der krit. Übersch. V S. 43 fg.

[4] Ist die Schenkung auf den Tod nicht des Schenkers sondern eines Dritten gestellt (L. 11. 18 pr. D. h. t.), so ist sie zwar dem Namen, nicht aber dem eigenthümlichen Wesen nach eine Schenkung auf den Todesfall und daher hier nicht weiter zu berücksichtigen. Hasse Bd. 2 S. 315. Savigny S. 243. Erxleben II S. 168 Note 33. So auch schon richtig der Wiener Heineccius I S. 281. A. M. jedoch Keller, Grundr. S. 347. 348. Aber auch dann ist eine technische Schenkung auf den Todesfall nicht vorhanden, wenn die Schenkung auf den Tod des Beschenkten gestellt wird, so daß, ohne Rücksicht auf den früheren oder späteren Tod des Schenkers, das Geschenk nach des Donatars Ableben jedenfalls wieder zu dem Schenker (resp. dessen Erben) zurückkehren soll. L. 37 §. 3 D. de leg. III. L. 2 C. de donat. quae sub modo 8. 55. Hiermit erledigen und berichtigen sich die Einwendungen und Ausführungen von Schilling Note n. q.

[5] L. 32 D. h. t. Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. L. 7 D. h. t. Festus s. v. mortis causa stipulatio: m. ca. stip. existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur . . . . Die Schenkung auf den Todesfall wird somit prinzipiell durch den früheren Tod des Beschenkten rückgängig. Der Widerruf aus bloßer Reue mag ausgeschlossen werden, ebenso der Rückgang der Schenkung

im Fall der Rettung aus der drohenden Gefahr (L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t.), ohne daß die Schenkung auf den Todesfall deshalb ihr eigenthümliches Weſen verliert: ſollte aber die Schenkung ſelbſt im Fall des früheren Todes des Beſchenkten nicht rückgängig werden, dann wäre keine wahre m. c. donatio vorhanden, ſondern eine gewöhnliche donatio inter vivos, deren Veranlaſſung etwa der unerwartete Tod war. L. 27 D. h. t. Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est (sc. mors cf. L. 3 cit. Anm. 2), quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio . . . L. 35 §. 2 D. h. t. Sed m. c. d. longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur . . . L. 42 §. 1 cit. (Anm. 2). Vgl. Müller S. 98 fg. Haſſe Bd. 2 S. 335 fg. 341 fg. Schröter S. 109. 110. Savigny S. 240 fg. Vangerow S. 660. Keller, Grundr. S. 343. Pandekt. S. 135.

[6] Vgl. Syſtem II S. 197 fg. Haſſe Bd. 2 S. 316 fg. Vangerow §. 561 Anm. I. Savigny S. 244 fg. Keller, Grundr. S. 344 fg.

[7] L. 76 D. de J. D. 23. 3. Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio . . . . sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem . . . nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est . . . Über die stipulatio mortis causa vgl. auch Liebe, die Stipulation S. 381 fg. Die Erfüllung des Schenkungsverſprechens kann aber, aus dem Anm. 5 angeführten Grunde, erſt nach erfolgtem früheren Tode des Schenkers von deſſen Erben gefordert werden. L. 34 D. h. t. Mortis causa donatio etiam sic constitui potest, ut quid stipuletur in annos singulos quoad viveret: scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio. cf. L. 35 §. 7 eod.

[8] L. 42 pr. D. h. t. Zu dieſer ſchwierigen Stelle vgl. die ſcharfſinnige Interpretation von Keller in der Zeitſchr. f. geſchichtl. Rechtswiſſ. Bd. 12 Nr. 12. Auch in dieſem Fall (vgl. Syſtem II §. 97) wird durch die Schenkung keine Univerſalſucceſſion bewirkt, mag ſie gleich (interposita cautione) erſt nach dem Tode des Schenkers erfüllt werden. Müller S. 141 fg. Haſſe Bd. 2 S. 363 fg. Bd. 3 S. 13 fg. und im civ. Arch. Bd. 5 S. 28 fg. Schröter S. 123 Nr. 10. Vangerow S. 659 Nr. 3.

[9] Hat der Beſchenkte die Sache mittlerweile veräußert, ſo muß er dem Schenker nach deſſen Wahl den Werth der Sache oder den gelöſten Kaufpreis erſetzen. L. 39 D. h. t. Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi: quoniam scit, posse sibi condici, si convaluerit donator. Über die hier zuläſſigen Rechtsmittel (condictio und actio praescriptis verbis) und über den Gegenſtand der Rückforderung vgl. Savigny §. 171. Keller, Grundr. S. 348...351. Gegen die Klage aus dem Schenkungsverſprechen mortis causa ſteht nach Widerruf der Schenkung die exceptio doli zu. L. 4 §. 1 D. de dol. mal. exc. 44. 4.

[10] Die rei vindicatio ergibt ſich von ſelbſt, wenn Eigenthum unter der Suspenſivbedingung des früheren Todes des Schenkers übertragen worden war. L. 29

D. h. t. . . . Etsi quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo eo, tunc is cui donatum est. Aber der dingliche Rückfall mit folgeweise dem Schenker zustehender rei vindicatio wurde späterhin ziemlich allgemein, wenngleich widerstrebend, beliebt. L. 29. 30 cit. cf. L. 2 C. cit. 8. 55 mit Vatic. Fragm. 283. Vgl. darüber Keller, Grundr. S. 348. 349. Ihering in den Jahrb. f. Dogmat. I S. 124. 125. Fitting in der Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr. II S. 245 fg. 266 fg.

[11] Die Schenkung auf den Todesfall ist eine Gabe mit warmer Hand, nicht eine Gabe aus der Erbschaft: praesens praesenti dat. L. 38 D. h. t. (A vivente fit in viventem. Theoph. ad §. 1 I. cit. 2. 7). Dies gilt auch von dem Schenkungsversprechen mortis causa, da dadurch unmittelbar die Forderung (nomen) dem Beschenkten gewährt wird (obligatio constituta mortis causa; vgl. §. 1218 a. E. und System II S. 198. 199): kann das mortis causa Versprochene auch erst nach dem Tode des Schenkers gefordert werden (Anm. 7), so nimmt die Schuld doch nicht etwa erst in der Person des Erben ihren Anfang, sondern geht, durch das causale Versprechen in der Person des Schenkers begründet, auf den Erben gleich einer andern Schuld des Erblassers über. Vgl. auch Hasse Bd. 2 S. 324. 327. Bangerow S. 658. 659 und Keller, Grundr. S. 345. 346 (gegen Savigny S. 249). In dieser gänzlichen Unabhängigkeit der Schenkung auf den Todesfall von der Beerbung (L. 25 D. h. t. L. 5 §. 17 D. de his quae ut indign. 34. 9) liegt ihr fundamentaler Unterschied von dem Vermächtniß, welches eine Gabe aus der Erbschaft ist. Vgl. Hasse Bd. 2 S. 346 fg. Schröter S. 104. 105. Exleben II S. 161 fg. Auch die Widerruflichkeit des Vermächtnisses ist ganz andrer Art als die Widerruflichkeit einer m. c. donatio: „Der Widerruf eines letzten Willens ist nichts als Willensänderung, rücksichtlich einer Verfügung, aus welcher noch niemand ein Recht erworben hat, und beruht einfach darauf, daß nichts den Disponenten hindern kann, einen Willen zu ändern, der bis jetzt durchaus nichts als Wille ist. Der Widerruf der m. c. d. hingegen ist Zurücknahme bereits wirklich erworbener Rechte und beruht auf ganz anderen Gründen." Schröter S. 108. 109.

[12] L. 42 §. 1 D. h. t. . . . quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi peremta . . . Über die Veranlassung, aus welcher, und über die einzelnen Punkte, in welchen die m. c. donatio den Legaten gleichgestellt resp. nicht gleichgestellt wurde, vgl. Hasse Bd. 2 S. 353 fg. Bd. 3 S. 378 fg. Schröter S. 112 fg. 117 fg. Savigny S. 258 fg. 267 fg. Keller, Grundr. S. 352 fg. Bangerow §. 562. Arndts §. 590. „Während in vielen Beziehungen die m. c. donatio unter die Legatentheorie subsumirt wird, finden wir doch auch eine ganze Reihe wichtiger Differenzpunkte, und der Grundgedanke dabei ist augenscheinlich kein anderer, als daß überall, wo der eigenthümliche Begriff der m. c. donatio, als einer vom Erblasser selbst, ohne Vermittelung einer Zwischenperson, ausgehenden und nicht erst aus der Hereditas bewerkstelligten Vermögensvermehrung entscheidend eingreift, die Anwendung der Vermächtnißtheorie gänzlich ausgeschlossen ist, sondern vielmehr diejenigen Sätze gelten, die sich als Konsequenzen jenes Begriffs ergeben, daß also die Vermächtnißtheorie nur bei solchen Fragen zur

Norm dienen kann, die unbeschadet jener selbständigen Natur der m. c. donatio so oder anders entschieden werden durften." Vangerow II S. 666.

[13] „Das charakteristische Wesen eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden besteht darin, daß durch dasselbe schon bei Lebzeiten des Disponenten Rechte begründet, aufgehoben oder verändert werden." Schröter S. 107. Hienach ist die Bemerkung im System II §. 95 Note 40 zu berichtigen und die Schenkung auf den Todesfall, obgleich mortis causa gemacht und genannt, dennoch für ein negotium inter vivos zu halten. Schröter S. 104. Savigny IV §. 144. Darin liegt aber auch der prinzipielle Unterschied der m. c. d., mag sie gleich vertragsmäßig (aus Reue) unwiderruflich sein, von dem singulären Erbvertrag (Vermächtnißvertrag), der nichts anderes als eine vertragsmäßig unwiderrufliche letztwillige Verfügung ist. Vgl. Hasse Bd. 3 S. 17 fg. 378. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 73 fg. Daher ist es nicht zu billigen, wenn das sächs. Gesetzb. §. 2501 die m. c. d. wie einen Erbvertrag behandelt.

[14] „Die Schenkung Todeshalber ist ein Akt der Liberalität, welcher in der Mitte steht zwischen der reinen Schenkung (der donatio inter vivos) und dem Legate. Ihrer äußeren Erscheinung nach stellt sie sich nemlich ganz wie eine gewöhnliche Schenkung dar, indem sie eben so wie diese eine alsbaldige Vermögensvermehrung des Beschenkten durch den Schenker voraussetzt, und ganz durch dieselben Akte realisirt wird, die auch bei der gewöhnlichen Schenkung vorkommen. Während sie sich aber hierdurch charakteristisch genug von dem Legate unterscheidet, kommt noch ein zweites Merkmal bei ihr vor, wodurch sie sich nicht minder scharf von der gewöhnlichen Schenkung abtrennt und dem Legate sich annähert, daß sie nemlich stets erst durch den Tod des Schenkers zu wahrer Perfektion kommt." Vangerow II S. 657. Vgl. Savigny IV S. 23. In dieser letzteren Beziehung besteht aber immer noch der essentielle Unterschied der m. c. d. von der letztwilligen Zuwendung (Legat), daß der frühere Tod des Disponenten dort die bereits erfolgte Gabe nur befestigt (m. c. d. morte tantummodo convalescit. Paul. l. c. §. 2), hier ihre Gewährung erst herbeiführt, daß also der Tod dort das Behalten, hier das Erhalten des Zugedachten bewirkt. Vgl. auch Hasse, Bd. 2 S. 347 Nr. 7. Die Frage, ob überhaupt und in welchem Umfang die Codicillarform auf Schenkungen m. c. anzuwenden sei, ist bekanntlich auf Grund der L. 4 C. h. t. überaus bestritten (vgl. insbes. Savigny IV §. 172. Vangerow II §. 563): sie ist an diesem Ort jedoch nicht näher zu erörtern.

[15] Vgl. Zeiller III S. 186 „. . . es wird auf das Recht des willkürlichen Widerrufes Verzicht gethan, folglich die Überlassung für unwiderruflich erklärt, durch welches Merkmal sich ein Vertrag von einer letzten Willenserklärung unterscheidet (§. 552)." Ebenso Rippel IV S. 254 Nr. 2: „Die widerrufliche Schenkung auf den Todesfall ist der Natur der Sache nach ein bloßes Vermächtniß; denn, wenn dieser Akt auch die äußere Form einer Schenkung dadurch erhält, daß die Annahme des Beschenkten hinzutritt....., so verliert diese Schenkung, eben durch den Vorbehalt des Widerrufs, die Eigenschaft eines Vertrags und nimmt dadurch die wesentliche Eigenschaft einer letzten Willenserklärung (§. 552) an." Schon im westgal. Gesetzb. III §. 56. 57. 63, obgleich es in dieser Materie noch ungleich besser beschaffen war als das Gesetzb. v. J. 1811, ist die abschüssige Bahn betreten, indem einerseits erklärt

wird (§. 56), daß ein Schenkungsvertrag auf den Todesfall „alle Eigenschaften eines Legates" hat; andererseits aber (§. 57), daß „Schenkungen, welche nicht von dieser zweifachen Bedingung (Überleben des Beschenkten und Unwiderruflichkeit aus Reue) abhängen, zu den gültigen Schenkungen unter Lebendigen gehören." Ebenso der Wiener Heineccius I S. 281. — Es ist bereits oben (§. 8 Anm. 3) hervorgehoben worden, daß die freie Widerrufbarkeit nur eine regelmäßige Eigenschaft, nicht ein wesentliches Erforderniß letztwilliger Verfügungen ist: es gibt Verfügungen unter Lebenden, welche widerruflich sind (§. 909. 1020. 1085. 1116. 1212), selbst Schenkungen, wenn der Widerruf vorbehalten ist, ohne daß sie dadurch zu Geschäften mortis causa würden (L. 37 §. 3 D. de leg. III.), und es gibt andererseits letztwillige Verfügungen, welche vertragsmäßig unwiderruflich sind (§. 1249 fg.). Aus der gerügten irrigen Auffassung erklärt sich auch der ungenaue Ausspruch des §. 974, daß das Precarium „kein wahrer Vertrag, sondern ein unverbindliches Bittleihen sei."

[16] So erklärt Thibaut, Pandekt. 2. Aufl. (1805) §. 907: „Die Widerruflichkeit macht den Charakter der Schenkung auf den Todesfall. Wird daher ein Geschenk unwiderruflich ertheilt, dessen Vollziehung nur durch den Tod des Erblassers hinausgesetzt werden soll, so ist dies, wenn es auch zuweilen uneigentlich m. c. d. genannt wird (L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t. Nov. 87 c. 1), dennoch als Schenkung unter Lebenden zu behandeln." (In der 8. Aufl. 1834 ist der Text in §. 566 beibehalten und nur in §. 565 Note n bemerkt, daß das jus poenitendi aufgegeben werden könne.) Ebenso Schweppe, röm. Privatr. Bd. 5 §. 949 lit. b: die Schenkung m. c. wird rückgängig, „wenn der Schenker widerruft, was ihm bei diesem Geschäft wesentlich und in dem Maß freisteht, daß wenn er sich des Widerrufs begibt, eine Schenkung unter Lebenden vorhanden ist, obgleich sie der bloßen Veranlassung wegen oft m. c. d. in den Quellen genannt wird (L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t)." Ferner Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilr. Buch 3 §. 282 (207) und in früheren Auflagen auch Makeldey, Lehrb. des röm. R. §. 541 (von der 8. Aufl. an hat Makeldey auf Müller's Einsprache die Darstellung geändert). Diese Behauptung, wonach die beabsichtigte Schenkung auf den Todesfall durch Beifügung eines Verzichts auf den Widerruf immer nothwendig in eine feste, keinem Rückgang unterworfene Schenkung unter Lebenden verwandelt werden soll, ist durch Mißverständniß der L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t. Nov. 87 c. 1 erzeugt worden, obwohl doch aus diesen Stellen klar genug hervorgeht, daß durch einen solchen Verzicht nur der Widerruf aus Reue oder für den Fall der Rettung aus der drohenden Gefahr ausgeschlossen sein soll, daß aber doch immer noch der Fall des früheren Todes des Beschenkten übrig bleibe, der die Schenkung rückgängig mache, deren Charakter als einer m. c. d. hiemit nicht alterirt wird (manere quippe oportet rem etiam sic in m. c. donationibus. Nov. 87 c. 1). Vgl. darüber insbes. Müller S. 98...126 und oben Anm. 5.

[17] In anderer Weise, gegen die sich aber auch gar manches einwenden läßt, verhält es sich nach preuß. Recht. A. L. R. I 11 §. 1134...1139. Bornemann, System Bd. 6 §. 213. Koch, Recht der Forder. Bd. 3 §. 152. 153. Hienach (§. 1135) muß der Widerruf ausdrücklich vorbehalten sein, da sonst die Schenkung nur als Schenkung unter Lebenden angesehen wird (§. 1134), „wenngleich das Geschäft eine

Schenkung von Todeswegen genannt oder die Übergabe bis nach dem Ableben des Gebers verschoben wäre" (es ist dies die frühere gemeinrechtliche praesumtio pro donatione inter vivos), und selbst in jenem Fall hat der Beschenkte zwar nur die Rechte eines Legatars, es ist aber die Schenkung doch nicht in Vermächtnißform zu errichten.

[18] Sie geht daher auch ohne weiters auf die Erben des vor dem Schenker verstorbenen Beschenkten über (§. 918), da die Unwiderruflichkeit im Zweifel eben als absolute behandelt wird. Wäre aber auch der frühere Tod des Schenkers ausdrücklich zur Bedingung gemacht, die Schenkung sonst aber als unwiderruflich erklärt, somit die Unwiderruflichkeit ausdrücklich auf die Unzulässigkeit der Sinnesänderung beschränkt, so ist die Schenkung dennoch durchaus als (bedingte) Schenkung unter Lebenden zu behandeln. Anm. 15. Dasselbe gilt, wenn der als unwiderruflich erklärten Schenkung die Bedingung des Todes des Schenkers in einer bestimmten Gefahr hinzugefügt worden wäre: dies ist eine bedingte Schenkung unter Lebenden, welche auf die Erben des vorverstorbenen Donatars übergeht (§. 900).

[19] Die von unseren Schriftstellern (Gapp in der Zeitschr. österr. Rechtsgelehrs. 1827 II Nr. 26 S. 31. 32. Dolliner, ebda 1836 II Nr. 40. Wildner, ebda 1839 I Nr. 12. Miniwarter IV S. 143 fg. Stubenrauch III S. 146 fg. Ellinger zu §. 956) und auch von den älteren gemeinrechtlichen Juristen vielfach ventilirte Frage, ob die Annahme der Schenkung auf den Todesfall von Seite des Beschenkten wesentlich sei, ist für das österr. Recht ohne praktische Bedeutung, da die widerrufliche m. c. d. ohnehin in Vermächtnißform errichtet werden muß, die Verfügung somit bei mangelnder Acceptation jedenfalls geradezu als einseitige letztwillige Zuwendung anzusehen ist. Vgl. auch Thibaut §. 908. Schweppe Bd. 5 §. 947. Wening Buch 5 §. 449 (54). Schröter S. 145. 146. Das entscheidende Moment liegt nicht, wie unsere Schriftsteller gewöhnlich meinen, in der Annahme oder Nichtannahme der widerruflichen Schenkung auf den Todesfall, sondern in der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der angenommenen m. c. donatio. Denn es muß natürlich auch für das österr. Recht (vgl. westgal. Gesetzb. III §. 56. 57) behauptet werden, daß eine eigentliche Schenkung auf den Todesfall nur dann vorhanden ist, wenn das widerrufliche Schenkungsversprechen vom Donatar acceptirt wurde (vgl. §. 938), da die Schenkung ein Akt inter duos ist (System II §. 95 Nr. 5) und sonst nur von vornherein, wie auch schon der Wiener Heineccius I S. 288 erkennt, eine letztwillige Verfügung vorliegt, in welcher zufälliger und irrelevanter Weise der Ausdruck „schenken" gebraucht ist, wie denn auch geradezu in den röm. Quellen das Vermächtniß als eine Schenkung erklärt wird (L. 36 D. de leg. II. §. 1 I. de leg. 2. 20) und der Ausdruck donare für fideicommittere genommen wurde (L. 75 pr. L. 77 §. 26 D. de leg. II.). Vgl. auch Wangerow §. 563 a. E. Ist in einer angenommenen widerruflichen Schenkung m. c. das ganze Vermögen oder eine Quote desselben versprochen worden, so wäre im Zweifel die Acceptation für irrelevant und die Verfügung für ein Testament zu halten: ginge dies nicht an (etwa weil der Schenker erklärt hat, er schenke dem B auf den Todesfall sein halbes Vermögen, welches ihm sein Erbe ausfolgen werde), so wäre die Schenkung wie ein Vermächtniß zu behandeln. Vgl. oben §. 54 Anm. 4. — Da die widerrufliche Schenkung auf den Todesfall durchaus wie eine letztwillige Ver-

fügung behandelt wird, so muß sie vom Schenker in testirfähigem Zustand gemacht werden (anders nach R. R. L. 25 §. 1 D. h. t. Savigny S. 259. 260. Bangerow S. 665 Nr. 3), der Beschenkte muß den Schenker überleben und zur Zeit des Todes desselben (cf. L. 22 D. h. t.) erbfähig sein (anders nach R. R. L. 9. 35 pr. L. 37 pr. h. t. beziehen sich nur auf die Capacität): die Schenkung kann nur in bestimmter Form widerrufen werden (dagegen formlos nach R. R. Schröter S. 147. Savigny S. 244); der Donatar muß sich gleich andern Legataren (§. 690 fg.) eventuell einen Abzug gefallen lassen (cf. L. 17 D. h. t.), ebenso die Auflage eines Weitervermächtnisses (L. 11 D. de dote prael. 33. 4. L. 77. §. 1. 2 D. de leg. II. L. 1 C. h. t. vgl. oben §. 55 Note f), ferner die Einrechnung in den Pflichttheil und die Berechnung des Pflichttheils ohne Rücksicht auf die m. c. Schenkung (L. 1 §. 1 D. si quid in fraud. 38. 5. vgl. unten §. 81), sowie die Auszahlung des Versprochenen in den für Legate angeordneten Fristen (§. 685. 686); die widerrufliche m. c. Schenkung einer Rente endlich wird gleichfalls nach §. 687 zu behandeln sein (anders nach L. 35 §. 7 D. h. t.) und die Vorschrift über das Anwachsungsrecht (§. 689) zur Anwendung kommen (L. un. §. 14 C. de cad. toll. 6. 51).

[20] Die Form, in welcher das unwiderrufliche Schenkungsversprechen auf den Todesfall ertheilt werden muß, ist die gewöhnliche schriftliche Schenkungsform (§. 943), doch muß überdies in der Schenkungsurkunde ausdrücklich der Verzicht auf den Widerruf erklärt werden (§. 956), widrigens die Schenkung, dafern nur (vgl. §. 114 A. G. O.) die gehörigen formellen Erfordernisse (§. 956. 647) vorhanden sind, wie ein Vermächtniß behandelt wird, weil sie eben widerruflich bleibt. Die Behauptung, daß auch die Annahme von Seiten des Beschenkten in der Schenkungsurkunde (durch Mitunterfertigung) enthalten sein müsse (Gapp S. 40 fg. Rippel VI S. 256 Nr. 5. Winiwarter IV S. 147. 151. Stubenrauch III S. 149 Nr. 4 lit. c. Samml. Nr. 72), ist m. E. unbegründet: das „darüber" in §. 956 bezieht sich auf das Schenkungsversprechen und den Widerrufsverzicht (vgl. auch Zeiller III S. 187 Nr. 5): man kann doch nicht mit dem Beschenkten „über" seine schriftliche Annahme eine Urkunde „einhändigen"! Auch in der Anordnung der Einhändigung der Schenkungsurkunde (§. 956), welche ebenso im Fall des §. 943 stattfinden muß, liegt gar nichts Besonderes, wie man wohl schon gemeint hat (Gapp S. 36. Stubenrauch III S. 150 lit. d). Ganz willkürlich ist die Behauptung Winiwarter's IV S. 151, daß die Urkunde über die unwiderrufliche Schenkung überdies von drei Zeugen unterschrieben werden müsse.

[21] Es treten somit sämmtliche in Anm. 19 angegebenen Wirkungen nicht ein: insbesondere kann eine unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall auch unter den in §. 543 erwähnten Personen gemacht und wegen Verletzung des Pflichttheils nur mit der querela inofficiosae donationis (§. 951) angefochten werden; ferner geht der Donatar wie ein sonstiger Gläubiger den Legataren und selbst den Notherben vor (§. 692. 785). Eine solche Schenkung kann unbedenklich auch in Ansehung des ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theils desselben gemacht werden, da sie eben eine reine (wenngleich betagte) Schenkung unter Lebenden ist (unrichtig Gapp S. 34. Ellinger zu §. 956; vgl. dagegen auch Winiwarter IV S. 151. 152 und Stubenrauch III S. 150 Nr. 5); doch wird auch in diesem Fall die Vorschrift des §. 914 anzuwenden sein, obwohl freilich die Ratio derselben auf ihn nicht

paßt. — Eine unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall kann aber gleichwohl aus denſelben Gründen (§. 946 fg.) wie ſonſt eine Schenkung widerrufen werden. Vgl. auch Savigny S. 278. Keller, Pandekt. §. 69 a. E.

[22] Der §. 956 erklärt die Schenkung auf den Todesfall als ein Schenkungsverſprechen, „deſſen Erfüllung erſt nach dem Tode des Schenkenden erfolgen ſoll.“ Dieſer Erklärung liegt eine Verwechslung von Urſache und Wirkung zu Grunde (Syſtem II §. 95 Note 41): allerdings iſt jedes Schenkungsverſprechen mortis causa erſt nach dem Tode des Schenkers zu erfüllen (Anm. 7), nicht aber iſt umgekehrt jedes Schenkungsverſprechen, welches erſt nach dem Tode des Schenkers zu erfüllen iſt, ſchon eine Schenkung Todeshalber: jede Schenkung auf den Todesfall (durch Promiſſion) iſt zugleich eine Schenkung auf die Todeszeit, nicht aber umgekehrt jede (betagte) Schenkung auf die Todeszeit deshalb auch ſchon eine (bedingte) Schenkung auf des Todesfall. Wenn A dem B 1000 verſpricht, jedoch hinzufügt, dieſelben ſollen erſt an ſeinem Todestage oder acht Tage nach ſeinem Tode ausgezahlt werden, ſo iſt, wenngleich die Erfüllung, ſo doch ſicher nicht das Verſprechen auf den Tod des Schenkers geſtellt. cf. L. 76 D. de J. D. 23. 3. Dieſer Irrthum des §. 956, wodurch man genöthigt wird, gegen die Abſicht des Schenkers eine Schenkung unter Lebenden als eine Schenkung auf den Todesfall anzuſehen und zu behandeln (vgl. Samml. Nr. 335), iſt um ſo auffallender, als man in älterer und neuerer Zeit vor einer ſolchen Verwechslung nachdrücklich gewarnt hat (ſo ſchon Vinnius, Comm. ad Instit. lib. II. c. 7. Wiener Heineccius I S. 281. Höpfner, Comment. §. 409. Schweppe Bd. 5 §. 946), und noch das weſtgal. Geſetzb. III §. 57 ausdrücklich die Beſtimmung enthielt: „Selbſt wenn feſtgeſetzt wird, daß das Geſchenk erſt am Sterbetage des Schenkenden abgeführt werden ſoll, iſt es noch eine Schenkung unter Lebenden und wird wie ein Vertrag dieſer Art behandelt.“

[23] Dieſe Frage, welche von unſern Schriftſtellern gänzlich ignorirt wird, iſt ſowohl bei der widerruflichen als bei der unwiderruflichen Schenkung auf den Todesfall von praktiſcher Bedeutung. Iſt in erſterer Hinſicht, alſo wenn z. B. eine Sache durch ſofortige Hingabe auf den Todesfall widerruflich geſchenkt oder eine Schuld mortis causa ſofort erlaſſen wurde, noch überdies Beobachtung der Vermächtnißform erforderlich? Dieſe Frage iſt wohl zu bejahen, da in der ſofortigen materiellen Zuwendung nur eine Vorausgewährung aus dem Nachlaß, eine Anticipation des Legates liegt, indem die widerrufliche m. c. d. eben durchwegs als (angenommenes) Vermächtniß anzuſehen iſt. Daſſelbe behaupten ja auch jene gemeinrechtlichen Schriftſteller, welche (wie Müller und Wiederhold) die Codicillarform nach L. 4. C. h. t. als allgemeine und ausſchließliche Form für alle Schenkungen auf den Todesfall anſehen: hienach erſcheint eben die m. c. d. als Legat, „bei welchem blos als untergeordnete Modifikation der Umſtand vorkommt, daß zuweilen der Gegenſtand des Legats noch bei Lebzeiten des Erblaſſers dem Legatar eingehändigt wurde.“ Savigny S. 262. Schwieriger iſt die zweite Frage zu beantworten, ob nemlich auch bei unwiderruflichen m. c. Schenkungen, welche nicht in einem bloßen Verſprechen beſtehen, der Verzicht auf den Widerruf ſchriftlich erklärt werden müſſe? Dieſe Frage möchte ich, bei der entſcheidenden Bedeutung und Wichtigkeit, welche das Aufgeben der normalen Widerruflichkeit hat, und bei dem Umſtand, daß nach §. 956

der Verzicht auf den Widerruf in der Schenkungsurkunde selbst erklärt werden muß, gleichfalls bejahen.

[24] Gönner freilich, der allzeit bereite Lobredner des bürg. Gesetzbuchs, hat selbst für den §. 956 nur Worte der Anerkennung (Arch. f. Gesetzb. IV S. 269)! Ungleich gelungener sind die Bestimmungen des hess. Entw. Abth. IV Art. 95. 113. 114 und des baier. Entw. I Art. 96. 122 ... 128 über die Schenkung auf den Todesfall. Vgl. auch Lang, der Entw. I S. 148, der jedoch nicht ganz mit Recht bemerkt, daß der Entwurf „ganz mit dem geltenden Recht übereinstimmt": denn die Anordnung der Art. 126 und 127 über die Nichtverpflichtung des Donatars zur Restitution der Früchte im Fall des Rückgangs der m. c. d. steht nicht nur in entschiedenem Widerspruch mit dem R. R. (L. 12 D. cit. 12. 4. L. 38 §. 3 D. cit. 22. 1), sondern ist auch an sich bedenklich. Auch wäre es sicher wünschenswerth, wenn der Entwurf ausdrücklich hervorheben würde, daß der Schenker auf den Widerruf aus Reue (Art. 124) verzichten könne, ohne damit das Wesen der m. c. d. zu alteriren.

Drittes Capitel.

Die Erbfolge gegen eine letzte Willensordnung.

Einleitung[1].

§. 78.

Es ist eine Forderung der natürlichen Billigkeit, daß der Erblasser, welcher über sein Vermögen letztwillig verfügt, jene Personen, welche mit ihm durch die nächsten Bande der Verwandtschaft verknüpft sind, nicht gänzlich übergehe, sondern sie in angemessener Weise bedenke. Diese Forderung der Billigkeit erhebt das Gesetz zu einem Rechtsanspruch, indem es dem Erblasser die Pflicht auferlegt, gewissen nahestehenden Personen einen bestimmten Theil seines Vermögens zu hinterlassen[2]. Dieser Erbtheil (§. 762) heißt deshalb Pflichttheil (§. 764) und die dazu berechtigten Personen Notherben[3] (§. 764), weil sie der Erblasser in seinem Testament bedenken muß und ihnen den gebührenden Theil seines Erbvermögens nicht willkürlich entziehen oder schmälern kann. Solche Notherben sind Kinder und Eltern[4] des Erblassers (§. 762): sie haben zwar nicht auf Erbeinsetzung im Testament, wohl aber auf Zuwendung eines bestimmten Nachlaßtheiles gesetzlichen Anspruch[5]. Den Geschwistern steht ein solcher

Anſpruch unter keinen Umſtänden zu[6]; ebenſowenig dem Ehegatten, welcher nur, unter gewiſſen Vorausſetzungen, Anſpruch auf Gewährung des mangelnden anſtändigen Unterhaltes hat (§. 796)[7].

Das Übergehen naheſtehender Perſonen kann aber unter Umſtänden nicht in der Liebloſigkeit des Erblaſſers, ſondern in ſeiner Unkenntniß der Exiſtenz ſolcher Perſonen ſeinen Grund haben. Indem das Geſetz ſolchen aus Irrthum präterirten Perſonen einen über das Maß des Pflichttheils hinausgehenden Erbanſpruch gewährt, ſucht es den wahren Willen des Erblaſſers zur Geltung zu bringen, wie ſich dieſer frei von jener irrthümlichen Annahme beſtimmt und geäußert hätte. Die Erbfolge, welche in ſolchen Fällen eintritt, findet zwar gegen den erklärten Willen, aber doch nach dem eigentlichen Willen des Erblaſſers ſtatt.

Anm. [1] Valett, das Recht der nothwendigen teſtamentariſchen Berückſichtigung gewiſſer Verwandten oder das ſ. g. Notherbenrecht. 1826. Bluntſchli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen. 1829. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831. Mühlenbruch in der Fortſetzung von Glück's Comment. Bd. 35...38. Arndts, Pflichttheils- und Notherbenrecht im R. L. VIII S. 79...170.

[2] Nov. 1 praef. §. 2...Testantibus aliis quidem necessitatem imponit lex distribuere quandam partem personis quibusdam tamquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur, quale est filiis et nepotibus et patribus atque matribus.... Aliis autem nulla consistit necessitas partem dare quamlibet propriae substantiae, sed sua potestas eis largitur, ad quoscunque testator voluerit, proferenda. Durch das Recht der Notherben wird hienach der Erblaſſer auf Grund der ihm obliegenden Liebespflicht in der willkürlichen Verfügung über ſeinen Nachlaß ganz oder zum Theil beſchränkt. Vgl. insbeſ. Brinz §. 174 und Keller §. 511. Dieſe römiſche Auffaſſung des Pflichttheilsrechts iſt wie in das preuß. Landrecht (Koch, preuß. Pr. R. II §. 856 fg.) ſo auch in das bürg. Geſetzb. übergegangen. Dennoch entſpricht ſie nicht dem wahren Weſen des Erbrechts. Vgl. auch Gans, Beiträge zur Reviſion der preuß. Geſetzb. Nr. 10. Da dieſes in der Familie wurzelt und in dem ſittlichen Gedanken ſeinen Grund hat, daß das Familienglied ſein Vermögen, wenn auch zunächſt für ſich, ſo doch zugleich für ſeine Familie erwirbt und beſitzt, auf welche es nach ſeinem Tode naturgemäß übergeht, ſo ſollte der freien letztwilligen Verfügung des Erblaſſers nur ein beſtimmter Theil ſeines Erbvermögens anheimgegeben ſein, während das Übrige bei ſeinen nächſten Blutsverwandten, als ihnen verfangen, kraft Rechtens zu verbleiben hätte. Hienach müßte der Pflichtheil nicht jener Theil des Erbvermögens ſein, den der Erblaſſer ſeinen nächſten Verwandten zu hinterlaſſen verpflichtet iſt, ſondern jene Portion, über welche er im Intereſſe derſelben gar nicht verfügen kann, ſo daß dieſe auf alle Fälle ſeine geſetzlichen Erben werden und mit ihnen nur andere Erben concurriren

können, denen der Teſtator den disponiblen Theil ſeines Vermögens zugewendet hat. Während alſo nach der in Öſterreich adoptirten römiſchen Auffaſſung der Erblaſſer über ſein Erbvermögen beliebig verfügen kann und nur ſeine freie Willkür im Intereſſe gewiſſer Perſonen beſchränkt wird (vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 563 a. E.), bildet dem Weſen des germaniſchen Erbrechts zufolge die geſetzliche Erbfolge der Blutsverwandten dergeſtalt die Regel, daß die freie Verfügung des Erblaſſers nur als eine innerhalb gewiſſer Schranken zuläſſige Entziehung des den Verwandten gebührenden Erbvermögens erſcheint. Vgl. Walter, deutſch. Pr. R. §. 415. Dieſe deutſchrechtliche Auffaſſung des Pflichttheilsrechts iſt in manchen neueren Geſetzgebungen zu anerkennenswerther Geltung gebracht worden. So im Code civil art. 913 sq. (Zachariä, Handb. des franz. Civilr. Bd. 4 §. 677 fg. Frey, Lehrb. des franz. Civilr. Bd. 3 §. 778 fg.), der auch hier wieder mehr germaniſches Element enthält, als manche neuere deutſche Geſetzgebung (vgl. Zöpfl, über das germaniſche Element im Code Napol., in der Ztſchr. f. deutſch. R. Bd. 5 Nr. 5, insbeſ. S. 126), im heſſ. Entwurf Art. 113 fg. (Motive S. 81 fg.) und im zürcher Geſetzb. §. 2027 fg. (Bluntſchli, Erläuter. V S. 117 fg.).

[3] Über dieſen Ausdruck (necessarius heres) vgl. Arndts im R. L. VIII S. 80 Note 3. Heimbach in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 13 S. 358 fg. 362 fg. Keller, Pand. §. 529 Note 2.

[4] Nach früherem öſterr. Recht hatten die Eltern kein Pflichttheilsrecht, da ſie überhaupt kein Inteſtaterbrecht hatten. Vgl. oben §. 34 Anm. 1.

[5] Es gibt alſo nach öſterr. Recht nur ein ſog. materielles Notherbenrecht, nicht wie nach röm. Recht ein ſog. formelles Recht der Notherben. (Darüber zuletzt und am beſten Adolf Schmidt, das formelle Recht der Notherben 1862 und dazu Stintzing in der krit. Vierteljahrsſchr. Bd. 5 S. 135 fg.) Mit gutem Grund. Vgl. auch Koch II §. 856. Zunächſt ſehen wir nicht gleich den Römern, für welche die Erbenqualität nicht bloß eine vermögensrechtliche, ſondern weſentlich auch eine familien- und ſacralrechtliche Bedeutung hatte, in der Erbeinſetzung als ſolcher eine beſondere Ehrenbezeugung (summus honos cf. L. 3 §. 2 D. de leg. praest. 37. 5. L. 5 §. 6 eod. Bluntſchli S. 159. 160. Schmidt S. 39. 40. 82), und können daher auch nicht gleich den Römern (vgl. Köppen, Syſtem des Erbr. S. 149 fg.) eine Kränkung darin finden, wenn der Erblaſſer ſeine Kinder oder Eltern zwar rechtlich mit Legaten bedenkt, ſie jedoch nicht zu Erben einſetzt, ihnen nicht das nomen heredis gewährt (Nov. 115 c. 3 pr. c. 4 pr. c. 5 pr. Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus). Hiezu kömmt ferner noch, ganz abgeſehen von den aus dem Mangel techniſcher Ausdrücke für die Erbeinſetzung ſich ergebenden Schwierigkeiten (Francke S. 392. 393), der Umſtand, daß wir eine heredis institutio ex re certa gar nicht kennen (oben §. 8 Anm. 4) und daher die Nothwendigkeit der Erbeinſetzung von Eltern und Kindern dahin führen müßte, ihnen den Pflichttheil ſtets in Geſtalt einer wahren Erbportion zu hinterlaſſen, während es doch nach Nov. 115 in dieſer Beziehung genügen ſollte, wenn der Notherbe nur auf irgend Etwas zum Erben eingeſetzt iſt. Nov. 115 c. 5 pr. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse con-

tenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus. Francke §. 31. Arndts im R. L. VIII S. 141. 142.

[6] Die neueren Geſetzgebungen haben wohl mit Recht die Beſtimmungen des röm. Rechts, wonach die Geſchwiſter im Fall der Erbeinſetzung unehrenhafter Perſonen wegen der hierin für ſie liegenden Kränkung (Köppen, Syſtem S. 124 fg. 155 fg.) Anſprüche gegen den letzten Willen des Erblaſſers erheben können (L. 27 C. de inoff. test. 3. 28. Arndts im R. L. VIII S. 156 fg. Pand. §. 604. 605), gänzlich fallen laſſen. Das zürcher Geſetzb. iſt m. W. das einzige, welches den Geſchwiſtern ein Pflichttheilsrecht (auf ein Drittel des reinen Nachlaſſes) einräumt (§. 2032), doch erklärt ſich dies ſowie überhaupt der weite Umfang des Pflichttheilsrechts im zürch. Geſetzb. aus der früheren großen Beſchränktheit der Teſtirfreiheit (Bluntſchli V S. 117 fg.).

[7] Die nähere Darſtellung dieſes Alimentationsanſpruchs gehört in das eheliche Güterrecht und in das Obligationenrecht. Nach röm. Recht hat die Witwe ein Pflichttheilsrecht unter denſelben Vorausſetzungen und in demſelben Umfang wie ein Inteſtaterbrecht (Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5. Franke §. 38. Arndts im R. L. V S. 697 fg. VIII S. 161. Vangerow II §. 488. Köppen, Syſtem S. 138 fg.). Nach dem weſtgal. Geſetzb. II §. 562. 568 hatte der Ehegatte noch ein Pflichttheilsrecht auf ein Drittel ſeiner Inteſtatportion. Einen Pflichttheilsanſpruch gewähren dem überlebenden Gatten auch manche neuere Geſetzgebungen, ſo das preuß. Landr. II 1 §. 631 fg. (Koch II §. 859), das zürch. Geſetzb. §. 2038, der heſſiſche Entw. Art. 113. 114. 117 und das ſächſ. Geſetzb. §. 2578 fg. Vgl. auch Walter, deutſch. Pr. R. §. 419. Die legislative Frage, ob dem überlebenden Gatten ein Pflichttheilsrecht oder nur ein Alimentationsanſpruch zu gewähren ſei, iſt eine ſchwierige. Für die Gewährung eines Pflichttheilsrechts ſpricht die Innigkeit des ehelichen Verbandes, welcher mindeſtens eben ſo enge iſt als der zu den Eltern des Erblaſſers; dagegen ſpricht für die bloße Gewährung eines Alimentationsanſpruchs (und darauf kommt auch die Quart der dürftigen Witwe nach röm. Recht hinaus, Köppen S. 139) die begründete Erwägung, daß dort wo die wahre eheliche Geſinnung vorhanden iſt, jeder Gatte den andern durch freiwillige Verfügung in entſprechender Weiſe bedenken wird, ſo daß es vollkommen genügt, wenn nur dem überlebenden dürftigen Gatten ein geſetzlicher Anſpruch auf Unterſtützung aus dem Vermögen des verſtorbenen Gatten für den Fall gewährt wird, daß nicht ſchon in anderer Weiſe für ihn geſorgt iſt.

I. Das Pflichttheilsrecht der Kinder und Eltern.

1. Subjekte und Vorausſetzungen des Pflichttheilsrechts.

§. 79.

Die Perſonen, welche überhaupt einen geſetzlichen Anſpruch auf den Pflichttheil haben, ſind Kinder und Eltern ohne Unterſchied des Grades und Geſchlechtes, dafern ſie ein Recht zur geſetzlichen Erb-

folge haben[a] (§. 762. 763)[2]. Insbesondere steht daher unehelichen Kindern gegen ihre Mutter[b] und umgekehrt (§. 754. 756), durch nachfolgende Ehe legitimirten und in putativer Ehe geborenen Kindern gleich ehelich erzeugten (§. 752. 756), durch Rescript des Landesfürsten legitimirten Kindern gegen ihren Vater und umgekehrt (§. 753. 756)[3], endlich Adoptivkindern sowohl gegen ihre leiblichen Eltern (§. 755) als gegen ihren Adoptivparens (§. 755. Hfdkrt. 10. Mai 1833 Anh. Nr. 59)[4], nicht auch letzterem gegen jene (§. 756), ein Recht auf den Pflichttheil zu. Zur concreten Existenz des Pflichttheilsanspruchs ist jedoch erforderlich, daß der im allgemeinen Pflichttheilsberechtigte im vorliegenden Falle der Ordnung der Intestaterbfolge gemäß der nächste gesetzliche Erbe wäre[c] (§. 763)[5], und daß sein Anspruch nicht durch Erbunfähigkeit verwirkt[6] oder durch rechtmäßige Enterbung oder rechtsgültige Verzichtleistung[7] beseitigt sei (§. 767). Der Verlust des Pflichttheilsrechts durch Erbunfähigkeit oder in Folge rechtmäßiger Ausschließung benimmt den Nachkommen des vor dem Erblasser verstorbenen Notherben ihren selbständigen Anspruch auf den Pflichttheil nicht (§. 541. 780)[d], wohl aber der von diesem geleistete Erbverzicht (§. 551)[8].

Anm. [1] Zur Lehre über das Pflichttheilsrecht vgl. außer den §. 78 Anm. 1 angef. Schriften noch: Stein, Versuch einer Abhandlung über die Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. 1798. Möller, die Lehre vom Pflichttheil. 2 Thle. 1801. 1806. — Scheidlein, Miscellen Hft. 2. 1820. Rippel, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheil, in den Materialien Bd. 6 Nr. 5. Olschbauer, kurze vergleichende Zusammenstellung der Anordnungen des bürg. Gesetzb. über den Pflichttheil mit jenen des R. R. 1825. Rippel, Erläuterungen der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil und die Anrechnung in denselben. 1828. Fierlinger, das Recht auf den Pflichttheil nach dem a. b. G. B., im Gerichtssaal. 1853 Nr. 20.

[2] Ohne Intestaterbrecht gibt es kein Pflichttheilserbrecht, aber aus dem Recht zur Intestaterbfolge an sich folgt noch nicht das Recht auf den Pflichttheil: daher haben Geschwister, sollten sie auch die nächsten gesetzlichen Erben sein, keinen Anspruch auf den Pflichttheil. Einem gerichtlich erklärten Verschwender gegenüber steckt der Pflichttheil der Kinder und Eltern schon in der seiner letztwilligen Verfügung entzogenen Vermögenshälfte (§. 568). Vgl. Rippel, Erläuter. über den Pflichttheil §. 50. Stubenrauch II S. 659. — Die Hervorhebung des Geschlechts in §. 763 erklärt sich aus der früheren Zurücksetzung der Frauen. Vgl. Erbrechtsordnung v. 28. Mai 1720 Tit. 12 §. 1. 3.

[a] L. 6 pr. D. de inoff. test. 5. 2. [b] L. 29 §. 1 cit. [c] L. 8 §. 6 D. eod. L. 8 C. h. t. 3. 28. [d] Oben §. 33 Anm. 4.

[3] Über den Pflichttheilsanspruch des Vaters gegen das per rescriptum principis legitimirte Kind vgl. Rippel, Beitr. §. 15 gegen Scheidlein §. 10. Die Beschränkung des Pflichttheilsrechts solcher Kinder (§. 753. 756) erklärt sich aus der Schlußanordnung des §. 162, welche nur „ein Überrest der jetzt allgemein verworfenen Meinung älterer Juristen ist, wonach Legitimirte überhaupt nur gegen die Angehörigen des Vaters, welche ihren Consens zur Legitimation gegeben haben, Erbrecht haben sollten" (Francke S. 180. 181; vgl. oben §. 31 Anm. 10). Im gem. Recht ist diese Frage vielfach streitig gewesen, sie wird jedoch h. z. T. allgemein in einem den legitimirten Kindern günstigeren Sinn entschieden. Vgl. Francke a. a. O. Mühlenbruch Bd. 35 S. 164 fg. Bangerow II S. 292.

[4] Der durch das Hfdkrt. v. 10. Mai 1833 gelöste Zweifel über das Pflichttheilsrecht von Adoptivkindern (vgl. Rippel, Beitr. §. 12) konnte wohl nur dadurch entstehen, daß nach R. R. der unvollkommen Adoptirte zwar ein Intestaterbrecht, nicht aber ein Pflichttheilsrecht gegen den Adoptivvater hat. §. 14 I. de hered. quae ab intest. 3. 1. L. 10 §. 1 C. de adopt. 8. 48. Nach österr. Recht jedoch gilt für das Adoptivkind überhaupt, was das R. R. von dem Adoptivkind der Adoptivmutter gegenüber sagt: perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii (L. 5 C. cit.), und daraus rechtfertigt sich dort wie hier (cf. L. 29 §. 3 D. de inoff. test. 5. 2. Francke S. 185 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 184 fg. Bangerow II S. 295) der Anspruch der Adoptivkinder auf den Pflichttheil. Es versteht sich übrigens von selbst, daß der Pflichttheilsanspruch der Adoptivkinder nicht besteht, wenn ihnen das Intestaterbrecht nicht zusteht (§. 183. 184), da es ohne letzteres ein Pflichttheilsrecht nicht gibt. Unrichtig Füger III S. 35.

[5] Wäre der Pflichttheilsberechtigte durch nähere wenngleich nicht pflichttheilsberechtigte Intestaterben ausgeschlossen, so hat er in concreto keinen Anspruch auf den Pflichttheil. Francke S. 174. 175. 202 fg. Arndts im R. L. VIII S. 123. Bangerow II §. 474 Anm. 2 gegen Puchta, Pand. §. 488 Note f. Vorles. II S. 399. Daher haben Großeltern keinen Anspruch auf den Pflichttheil, wenngleich die Eltern des kinderlosen Erblassers bereits verstorben, jedoch Geschwister desselben vorhanden sind. Da es nach österr. Recht überhaupt eine successio graduum und eine Delation der Intestaterbschaft an Descendenten noch lebender gesetzlicher Erben in der Regel nicht gibt (oben §. 33 Anm. 1. 2), so findet ein solches Nachrücken auch nicht in Ansehung des Pflichttheils statt. Dagegen haben die Eltern concreten Anspruch auf den Pflichttheil, nicht nur wenn das einzige Kind des Erblassers erbunfähig ist oder auf sein gesetzliches Erbrecht (nicht etwa bloß auf sein Pflichttheilsrecht) Verzicht geleistet hat, sondern auch wenn es rechtmäßig (§. 768 fg.) enterbt ist: doch liegt hierin nichts Eigenthümliches oder der anomalen successio in querelam inofficiosi des R. R. (L. 31 pr. L. 14 D. h. t. 5. 2. Francke §. 21. Bangerow §. 480 Anm. 2) Analoges, da der rechtmäßig Enterbte gleich dem gültig Verzichtleistenden auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen ist (§. 83 Anm. 11. 21), so daß die Eltern in der That die nächsten gesetzlichen Erben sein würden. Die Ansichten unserer Schriftsteller über diesen Punkt sind sehr verschieden. Scheidlein §. 2.... 5 will den Eltern, so lange das Kind des Erblassers noch lebt, in keinem Fall einen praktischen Anspruch auf den Pflichttheil gewähren; Zeiller II S. 775. 776 (dem Pratobevera Mater. Bd. 6 S. 294 Note * beistimmt) nur im Fall der Erbunfähig-

keit des Kindes, nicht in dem der Enterbung oder des Erbverzichtes; Rippel, Beitr. §. 14. Commment. V S. 67 fg. 78. Winiwarter III S. 340. 341. Ellinger zu §. 767. Stubenrauch II S. 653. 654. 666 und Fierlinger S. 329 zwar im Fall der Erbunfähigkeit und eines Erbverzichtes, nicht aber im Fall rechtmäßiger Enterbung (§. 768). Sind die ersteren Meinungen gewiß unrichtig, so ist die letztere Behauptung inconsequent (vgl. auch Füger, Erbr. III S. 159. 160), da die Frage immer nur die ist, ob die Eltern die nächsten gesetzlichen Erben wären, falls der Erblasser in seinem Testament nicht andere Personen zu Erben ernannt hätte: nehmen doch jene Schriftsteller mit Recht an, daß der ex justa causa Enterbte nicht bloß vom Pflichttheil, sondern auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sei, und läßt sich doch nur unter dieser Voraussetzung die Vorschrift des §. 767 über die Ausmessung des Pflichttheils begreifen.

[6] Die verkehrte Behauptung Schwab's in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1848 II Nr. 40, daß die sog. Erbunfähigkeit (§. 540. 542) an sich dem Notherben den Pflichttheilsanspruch nicht benehme, sondern daß es dazu der ausdrücklichen oder stillschweigenden Enterbung (§. 770. 782) bedürfe, erfordert nicht nur keine besondere Widerlegung, sondern verträgt eine solche nicht einmal: es ist widersinnig, jemand das Intestaterbrecht ab- und das Pflichttheilsrecht zuzusprechen. — Ist die Erbunfähigkeit vor Eröffnung der Erbfolge wieder behoben, so steht dem Notherben der Anspruch auf den Pflichttheil natürlich zu (arg. §. 545). Anwendungen hievon enthält die Verordnung v. 28. Dez. 1786 (J. G. S. Nr. 607) über das Pflichttheilsrecht von secularisirten Ordensgeistlichen und Nonnen aufgehobener Klöster, und das Hfkrgsc. Circ. v. 12. Nov. 1835 (Milit. G. S. Bd. 18 S. 222) über den Pflichttheilsanspruch von Exreligiosen.

[7] Nach R. R. war ein Verzicht auf die querela inofficiosi bei Lebzeiten des Erblassers unwirksam. Paul. R. S. IV 5 §. 8. L. 35 §. 1 C. h. t. 3. 28. Anders nach heutigem Recht. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht begreift auch den Verzicht auf das Pflichttheilsrecht in sich (§. 767), da es ohne Intestaterbrecht kein Pflichttheilsrecht gibt und der Pflichttheil nur ein Theil der Intestaterbportion ist. Vgl. auch Beseler, Erbvertr. II 2 S. 246.

[8] Vgl. oben §. 30 Anm. 11. Samml. Nr. 151. Die Behauptung von Gspan in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 371 fg. und Winiwarter III S. 335 fg., daß der Erbverzicht des Parens dessen Nachkommen zwar das gesetzliche Erbrecht, nicht aber den Anspruch auf den Pflichttheil zu entziehen vermöge, beruht, von allem andern abgesehen, auf der Verkennung des Fundamentalsatzes (Anm. 2), daß es ohne Intestaterbrecht kein Pflichtheilsrecht gibt. Vgl. dagegen auch Perthaler in Jurist. Bd. 9 S. 428 fg. Grüneberg ebda Bd. 11 S. 42 fg. Stubenrauch II S. 661 fg. Michel im Magaz. Bd. 7 S. 303. Ebenso unrichtig aber ist die Behauptung, daß die Descendenten des verzichtenden Kindes Anspruch auf den mangelnden Unterhalt haben (Michel S. 301. Stubenrauch S. 286): §. 795 ist schon seinem Wortlaut nach nur auf den Fall der rechtmäßigen Enterbung zu beziehen, und ließe es sich irgendwie rechtfertigen, daß der etwa mit einer beträchtlichen Geldsumme abgefundene Notherbe noch überdies Anspruch auf Alimentation haben solle?

2. Größe und Ausmeſſung des Pflichttheils.

§. 80.

Der Pflichttheil iſt ein Theil des Erbtheils, welchen der Berechtigte als geſetzlicher Erbe erhalten würde (portio portionis ab intestato debitae)[a]. Er beträgt bei Deſcendenten die Hälfte (§. 765), bei Aſcendenten ein Drittheil ihrer Inteſtatportion (§. 766)[b]. Um die Größe des geſetzlichen Erbtheils und hienach den Betrag des Pflichttheils auszumeſſen, müſſen alle Perſonen mitgerechnet werden, welche bei der geſetzlichen Erbfolge den Pflichttheilsberechtigten als Inteſtaterben beſchränken würden, mögen ſie gleich ſelbſt ein Pflichttheilsrecht nicht haben (§. 765. 766)[1]; aus dieſem Grunde iſt umgekehrt bei der Ausmeſſung des Pflichttheils nicht mitzuzählen, wer erbunfähig oder rechtmäßig enterbt iſt[2] oder bei Lebzeiten des Erblaſſers auf ſein geſetzliches Erbrecht verzichtet hat[3] (§. 767).

Anm. [1] Es iſt dies die ſog. Diſtributivberechnung im Gegenſatz zur ſog. Collektivberechnung. Francke S. 211 fg. 215. 216. Mühlenbruch Bd. 35 S. 257 fg. Arndts im R. L. VIII S. 125. Bangerow II S. 301. 302. Daher beträgt der Pflichttheil des überlebenden Parens, wenn der andere Elterntheil ſchon vor dem kinderloſen Erblaſſer verſtorben iſt aber Geſchwiſter deſſelben vorhanden ſind, doch nur ein Sechstheil des Nachlaſſes (§. 735), nicht etwa ein Drittheil, wie man hin und wieder irrigerweiſe behauptet hat (Scheidlein §. 14...16. Wildner v. Maithſtein im Juriſt. Bd. 17 S. 313 fg. Bd. 18 S. 118 fg.; dagegen auch Rippel, Beitr. §. 17. Commt. V S. 76. Schieſtl im Juriſt. Bd. 18 S. 110 fg. Stubenrauch II S. 657. 658. Ellinger zu §. 766). Hat den kinderloſen Erblaſſer ſein Gatte überlebt, ſo vermindert er, obwohl ſelbſt ohne Pflichttheilsanſpruch (§. 796), den Betrag des Pflichttheils der Eltern, da er bei der geſetzlichen Erbfolge zu einem Viertheil Miterbe wäre (§. 758), ſo daß alſo der Pflichttheil jedes Parens nur ein Achtel des ganzen Nachlaſſes beträgt. Für den Fall dagegen, daß der Erblaſſer nebſt Kindern den Gatten hinterläßt, wird gewöhnlich behauptet (Winiwarter III S. 333. Stubenrauch II S. 657. Ellinger zu §. 766. Füger, Erbr. III S. 127), daß bei Ausmeſſung des Pflichttheils der Kinder auf das geſetzliche Erbrecht des überlebenden Gatten nicht zu ſehen ſei, da dieſes nur in dem Nießbrauch an einem Theil des Nachlaſſes beſtehe (§. 757). Auf dieſe Art würde aber der Pflichttheil der Kinder größer ausfallen als es dem aufgeſtellten Maßſtab entſpricht, da der Inteſtaterbtheil der Pflichttheilsberechtigten offenbar zu hoch angenommen wird: es muß deshalb wohl auch der mit Kindern concurrirende Gatte partem facere ad minuendam legitimam. Dieſelbe Entſcheidung fällt man h. z. T. allgemein auch auf dem

[a] L. 8 §. 8 D. de inoff. test. 5. 2. §. 3 I. eod. 2. 18. L. 31 C. eod. 3. 28.
[b] Vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 566. 567.

Boden des gem. Rechts. Glück Bd. 7 S. 99 fg. Francke S. 218 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 271 fg. Arndts im R. L. VIII S. 126. 127. Pandekt. §. 593 Anm. 2. Bangerow II S. 303. 304. — Unrichtig ist die Behauptung von Zeiller I S. 361 und Hüttner, gesetzl. Erbf. §. 96, daß das per rescriptum principis legitimirte Kind bei der Ausmessung des Pflichttheils für die ehelich geborenen Kinder nicht mitzurechnen sei. Vgl. dagegen Winiwarter I S. 405. Stubenrauch I S. 438.

[2] Vgl. §. 83 Anm. 11. Die entgegengesetzte Regel des R. R. (Exheredatus numerum facit ad augendam, partem facit ad minuendam legitimam) erklärt sich daraus, daß nach R. R. der Exheredirte an der eröffneten Intestaterbfolge participirt. Glück Bd. 7 S. 121 fg. Francke S. 212 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 257 fg. 261 fg. Arndts im R. L. VIII S. 125. Bangerow II S. 302. (Unrichtig sächs. Gesetzb. §. 2571 in Verbindung mit §. 2599.) Ungenügend und unbefriedigend ist die Motivirung Zeiller's II S. 775 über die Nichtberücksichtigung des Enterbten bei der Ausmessung des Pflichttheils: es scheinen hiebei ältere Irrthümer über ein angebliches Accreszenzrecht bei dem Pflichttheil (Glück Bd. 7 S. 125 fg.) mitgewirkt zu haben.

[3] Mit dieser ausdrücklichen Anordnung des §. 767 ist der „endlosen Meinungsverschiedenheit", welche unter den gemeinrechtlichen Juristen über diese Frage herrschte (vgl. Glück Bd. 7 S. 130 fg.), in passender Weise ein Ende gemacht: durch den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht ist der Berechtigte aus dem Kreis der Intestaterben vollständig ausgeschieden. §. 30 Anm. 10. Francke S. 216 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 266 fg. Arndts im R. L. VIII S. 126. Pandekt. §. 593 Anm. 2. Bangerow II S. 305. Keller §. 513 Note 3. Beseler, Erbvertr. II 2 S. 253. Walter, System §. 437. (Unrichtig Gerber, System §. 264 Note 3 und sächs. Gesetzb. §. 2571. 2572.) Dagegen versteht es sich von selbst, daß wenn der Verzicht erst nach dem Tode des Erblassers stattgefunden hat, der Verzichtende mitgerechnet werden muß. Glück Bd. 7 S. 137 fg. Ebenso aber muß der Verzichtende mitgerechnet werden, wenn er bei Lebzeiten des Erblassers nicht auf sein gesetzliches Erbrecht (§. 767), sondern nur auf seinen Pflichttheil verzichtet hat, da er hiedurch aus dem Kreis der Intestaterben nicht austritt (§. 30 Anm. 7 a. E.), daher auch die Intestaterbportion der übrigen Notherben nicht größer ausfiele: der Erblasser kann somit in einem solchen Fall über den erledigten Pflichttheil frei verfügen, und es kommt nicht weiter darauf an, wie manche unserer Schriftsteller meinen (Rippel V S. 78. Winiwarter III S. 341. Stubenrauch II S. 285. 665 Note **), ob die Verzichtleistung auf den Pflichttheil schlechthin oder zu Gunsten des Erblassers stattgefunden habe. Vgl. auch Michel im Magaz. Bd. 7 S. 306. Unrichtig sind die Ausführungen des Ungenannten im Jurist. Bd. 12 S. 58 fg.

3. Berechnung des Pflichttheils und Einrechnung in denselben.

§. 81.

Um den Betrag des Pflichttheils im einzelnen Fall zu bestimmen, muß der Stand des Erbvermögens zur Zeit des Todes des

Erblaſſers[a] ausgemittelt und deſſen Geſammtwerth durch ordnungsmäßige Schätzung[b] feſtgeſtellt werden[1], deren Vornahme die Notherben beiwohnen können, ohne jedoch auf die Feilbietung der einzelnen Vermögensſtücke dringen zu dürfen (§. 784)[2]. Von dem Geſammtbetrag der Vermögensrechte, wozu auch die Forderungen des Erblaſſers gegen die Erben und Vermächtnißnehmer[c] zu rechnen ſind (§. 784)[3], ſind abzuziehen die Schulden des Erblaſſers (§. 785)[d], auch die gegen die eingeſetzten Erben[e], und die Laſten der Erbſchaft, wozu insbeſondere die Koſten des Begräbniſſes[f] (§. 549) und der Inventariſirung und Übernahme des Nachlaſſes[g], ſowie die ſog. geſetzlichen Legate (§. 694) und die kraft Rechtsvorſchrift zu leiſtende Verpflegung der Witwe (§. 1243) gehören[4]; nicht auch die vom Erblaſſer angeordneten Vermächtniſſe (§. 786) und widerrufliche[h] Schenkungen auf den Todesfall, welche letzteren vielmehr, wenn ſie ſchon erfüllt ſind, zum Erbvermögen hinzuzurechnen ſind[i]: von der ſich hiernach ergebenden Geldſumme iſt der Pflichttheil zu berechnen. Die Notherben können zu ihrer Sicherheit die Aufnahme eines gerichtlichen Vermögensverzeichniſſes verlangen (§. 804)[k]; dieſes Recht kann ihnen vom Erblaſſer nicht entzogen[l] oder verkümmert werden (arg. §. 803)[5].

Der Notherbe muß ſich alles auf den Pflichttheil anrechnen laſſen, was er durch Zuwendung des Erblaſſers auf den Todesfall unmittelbar oder mittelbar aus deſſen Vermögen erhält[m] (§. 787)[6], auch was ihm erſt hinterher durch Subſtitution oder vermöge des Anwachſungsrechts zukommt[7], nicht auch, was er zwar aus dem Erbvermögen, nicht aber durch Zuwendung des Erblaſſers, etwa als Erbe eines Bedachten, erhält[n]. Der Notherbe muß ſich aber in den Pflichttheil auch jene von ihm ſelbſt oder von ſeinem vorverſtorbenen Parens (arg. §. 790)[8] bei Lebzeiten des Erblaſſers empfangenen

[a] L. 6 C. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 44 §. 2 D. de bonis libert. 38. 2. Vgl. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 97 fg. [b] cf. L. 42 D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 62 §. 1 L. 63 pr. eod. [c] cf. L. 1 §. 18. L. 82 D. cit. 35. 2. [d] L. 8 §. 9 D. de inoff. test. 5. 2. [e] cf. L. 6 pr. C. ad leg. Falc. 6. 50. L. 54 D. cit. [f] L. 8 §. 9 cit. cf. §. 3 I. de leg. Falcid. 2. 22. L. 1 §. 19. L. 2 D. eod. 35. 2. [g] Vgl. §. 802 a. b. G. B. §. 111 Geſ. v. 9. Aug. 1854. cf. L. 72 D. cit. L. 22 §. 9 C. de jur. delib. 6. 30. [h] Vgl. oben §. 77 Anm. 19. 21. [i] L. 1 §. 1 D. si quid in fraud. 38. 5. cf. L. 2. 5. 18 C. cit. 6. 50. L. 2 C. de m. c. d. 8. 57. L. 42 §. 1 D. eod. 39. 6. [k] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 92. [l] cf. Nov. 48 c. 1 §. 1. [m] §. 6 I. de inoff. test. 2. 18. L. 8 §. 6 D. eod. 5. 2. L. 35 §. 2. L. 36 pr. C. eod. 3. 28. [n] cf. L. 36 pr. i. f. C. de inoff. test. 3. 28.

Gaben anrechnen lassen, welche ihm als Intestaterben bei der gesetzlichen Erbfolge angerechnet würden (§. 788)[9], ferner solche Gaben, deren Einrechnung in den Pflichttheil der Erblasser bei der Zuwendung angeordnet hat[o], welche also nur als Vorschuß auf den künftigen Pflichttheil gewährt wurden (§. 789)[10]. Die Einrechnung in den Pflichttheil geschieht durch Hinzurechnung des Werthbetrags (§. 794)[p] der vorausempfangenen Gaben zu dem reinen Erbvermögen und Abrechnung dieses Betrages von der nach dem Gesammtvermögen berechneten Pflichttheilssumme[11]. Ist der vorausempfangene Betrag größer als der auf solche Weise berechnete Pflichttheil, so ist der vorausbegünstigte Notherbe doch nicht verpflichtet, den Überschuß herauszugeben (arg. §. 793)[12]. Diese Berechnung der Größe des Pflichttheils nach dem Gesammtvermögen kommt auch den übrigen Notherben zu statten[13], dafern nur der vorausbegabte Notherbe bei der Ausmessung des Pflichttheils mitzuzählen ist (§. 767)[14].

Anm. [1] In dieser Beziehung wird man auch für das österr. Recht in passender Weise von den Vorschriften des R. R. über die Bestimmung des Erbvermögens zum Zweck der Berechnung der Falcidischen Quart (Arndts, Pandekt. §. 563) Gebrauch machen können (vgl. Francke, Recht der Notherben S. 228 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 283 fg. Arndts im R. L. VIII S. 129), so insbesondere in Ansehung noch nicht fälliger (L. 66 pr. L. 73 §. 4 D. ad leg. Falcid. 35. 2), bedingter (L. 73 §. 1 D. cit.), unklagbarer (L. 1 §. 17. L. 21 pr. L. 56 §. 2 D. cit.) und unrealisirbarer Forderungen (L. 56 pr. §. 1. L. 63 §. 1 D. cit.), nur daß man dabei die Schlußanordnung des §. 786 stets vor Augen haben muß.

[2] Sollte späterhin, jedoch noch vor Entrichtung des gar nicht oder nicht vollständig hinterlassenen Pflichttheils, durch Feilbietung einzelner Verlassenschaftsstücke ein höherer Erlös erzielt worden sein, so kommt dies auch den Notherben zu statten; arg. §. 786. Vgl. auch Drexler in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1839 I Nr. 8, dem Winiwarter III S. 371 Note 1. Stubenrauch II S. 718 und Ellinger zu §. 784. 786 beistimmen, gegen Mikolasch in derselben Zeitschr. 1838 II Nr. 33. Dasselbe muß gelten, wenn der Erbe innerhalb jenes Zeitraumes Erbschaftssachen aus freier Hand über dem Schätzungspreis verkauft hat. Anders nach röm. Recht. L. 3 pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

[3] Befindet sich in dem Nachlaß mittelst Transmission (§. 537. 809) eine dem Erblasser angefallene Erbschaft, so muß auch diese bei der Berechnung des Pflichttheils in Anschlag gebracht werden, der Erbe mag sie antreten oder ausschlagen,

[o] L. 25 pr. D. h. t. 5. 2. L. 35 §. 2 C. eod. 3. 28. §. 6 I. eod. 2. 18. L. 3 §. 18 D. de bon. libert. 38. 2. [p] Oben §. 47 Anm. 6. 7.

ebenso wie dem Erblasser angefallene Vermächtnisse, welche dessen Erbe etwa noch ausschlagen mag. L. 26 D. de bon. libert. 38. 2 (vgl. zu dieser wichtigen Stelle §. 2. 3 I. de succ. libert. 3. 7). Auch der Werth eines im Nachlaß befindlichen Autorrechts muß für die Bemessung des Pflichttheils in Anschlag gebracht werden, was aber freilich mancherlei Schwierigkeiten verursachen wird. Harum, die österr. Preßgesetzgeb. S. 124.

[4] Das leitende Prinzip ist einfach. Der Pflichttheil ist ein Theil des Intestaterbtheils: es müssen daher für die Berechnung des Pflichttheils wie alle Forderungen des Erblassers hinzu-, so alle Schulden desselben und alle Erbschaftslasten abgerechnet werden, welche der Notherbe auch in dem Fall, daß der Erblasser ohne letztwillige Anordnung gestorben wäre, als Intestaterbe hätte entrichten und tragen müssen. Hieraus ergeben sich von selbst alle im Text einzeln hervorgehobenen Punkte, insbesondere der Abzug der Begräbnißkosten (L. 8 §. 9 D. cit. 5. 2. Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa), worüber in unserer Literatur viel Streit herrscht. Die richtige Ansicht wird vertheidigt von Czada, Abhandl. (Anm. 11) S. 25 fg. L. Schuster im Magaz. Bd. 11 S. 258 fg. Stubenrauch II S. 717. Füger, Erbr. III S. 140 gegen Zeiller II S. 805. Scheidlein §. 56. Ellinger zu §. 785. Nippel V S. 123. 124. Aus §. 785 läßt sich nichts gegen, aus §. 786 nichts für die Entscheidung dieser Frage ableiten.

[5] Für das österr. Recht wird man doch wohl (arg. §. 803) behaupten müssen, daß die Beschränkung des bedachten Notherben auf den Pflichttheil für den Fall, daß er die Errichtung eines Inventars verlange, unwirksam sei. Vgl. auch Zeiller II S. 804. Scheidlein §. 53. Nippel V S. 122. Dieselbe Ansicht wird auf gemeinrechtlichem Boden vertheidigt von Glück Bd. 7 S. 89. 90 und Francke, Recht der Notherben S. 249; dagegen jedoch Arndts im R. L. VIII S. 136. 137. Pandekt. §. 595 Anm. 2. Seuffert §. 654 Anm. 4.

[6] Diese Anrechnung findet kraft Rechtens statt, also auch dann, wenn sie der Erblasser in der betreffenden Verfügung nicht ausdrücklich angeordnet hat. Hat der Erblasser den Notherben „auf den Pflichttheil gesetzt" (§. 82 Anm. 1) und ihm ein Vermächtniß bestimmt, so ist es quaestio facti, ob der Pflichttheil in Gestalt dieses Vermächtnisses hinterlassen werden wollte (§. 774), oder ob der Notherbe nicht bloß mit seiner Pflichttheilsquote honorirt, sondern überdies mit einem Vermächtniß bedacht sein sollte. Vgl. Dolliner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 I Nr. 9 II Nr. 47. 1838 II Nr. 25. Scheidlein §. 66. 67. Winiwarter III S. 395 und Stubenrauch II S. 743. 744 gegen Zeiller II S. 808 und Nippel in der Zeitschr. 1838 II Nr. 24. Erläuter. V S. 128. Auch Schenkungen auf den Todesfall müssen eingerechnet werden (L. 3 §. 17 D. de bon. lib. 38. 2 cf. L. 8. §. 3 D. eod.), jedoch nach österr. Recht nur widerrufliche. Vgl. oben §. 77 Anm. 19. 21. Aber auch was der Notherbe conditionis implendae causa aus dem Erbvermögen erhält, muß er sich auf den Pflichttheil einrechnen lassen, was gewöhnlich übersehen oder verkannt wird (z. B. von Arndts, Pandekt. §. 594 und im R. L. VIII S. 130). L. 3 §. 19 D cit. 38. 5. Si patrono conditionis implendae causa quid datum sit, in portionem debitam imputari debet, si tamen de bonis liberti sit profectum. cf. L. 8 §. 4 D. eod.

[7] Nach öſterr. Recht, iſt hieran nicht zu zweifeln. Vgl. auch Winiwarter III S. 375. 376 und Stubenrauch II S. 720 gegen Rippel V S. 127. Im weſtgal. Geſetzb. II §. 572 hieß es noch beſtimmter (vgl. §. 6 I. cit. 2. 18): „Alles was die Notherben durch Legate, Fideicommiſſe, Subſtitutionen, Erbverträge oder andere Verfügungen des Erblaſſers wirklich aus der Verlaſſenſchaft erhalten, wird bei Beſtimmung ihres Pflichttheils in Rechnung gebracht.“ Anders verhält es ſich in dieſer Beziehung nach röm. Recht (L. 36 pr. C. h. t. 3. 28), jedoch inwiefern und inwieweit, das hängt von der Auffaſſung dieſer vielbeſtrittenen Stelle ab. Vgl. Francke S. 230 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 295 fg. Arndts im R. L. VIII S. 131 Note 228. Bangerow §. 476 Anm. 2. Brinz §. 202. — Über die Einrechnung von Prälegaten vgl. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 352. 353.

[8] Anders allerdings nach röm. Recht. Francke S. 242. 243. Arndts im R. L. VIII S. 133. Seuffert §. 653 Note 9. Allein nach öſterr. Recht iſt eine ſolche Vorausleiſtung als eine dem ganzen Stamm gegebene Abſchlagszahlung auf die künftige Erbſchaft anzuſehen, welche auch dem Erblaſſer bei Berechnung der disponiblen Vermögensquote zu Gute kommen ſoll. Vgl. §. 45 Anm. 10. Dieſe Anſicht iſt die herrſchende, ſie wird jedoch nicht immer richtig oder genügend motivirt. Für die richtige Anſicht: Rippel V S. 136 fg. und Goak in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsg. 1833 II Nr. 33, jedoch auf Grund des mißverſtandenen Repräſentationsrechts, wogegen Zeiller II S. 811. 816 und Scheidlein §. 61. 76 die entgegengeſetzte Anſicht vertreten, indem ſie verkehrter Weiſe dem Enkel bei der geſetzlichen Erbfolge das eigene Recht ab-, bei dem Pflichttheilsanſpruch dagegen zuſprechen (oben §. 33 Anm. 4 a. E.); ferner Härdtl in der Anm. 11 angef. Abh. S. 78. 111. Winiwarter III S. 384. 385. Stubenrauch II S. 726. 739 fg. Ellinger zu §. 788. Wenn ſich aber dieſe Schriftſteller für die richtige Anſicht zum Theil auch darauf berufen, daß der Pflichttheil portio portionis ab intestato ſei, ſo überſehen ſie, daß dieſer Grund conſequent dahin führen müßte, die Anrechnung des Vorausempfangenen auszuſchließen, wenn das Kind oder der Enkel der einzige Notherbe iſt, was doch unzweifelhaft, obwohl nicht unbezweifelt (Wagner in den Mater. Bd. 6 Nr. 2), nicht der Fall iſt. (Wenn Stubenrauch II S. 722 Note * meint, daß ſich dies nach röm. Recht anders verhalte, indem „der Zweck der Ausgleichung unter mehreren Notherben in den Vordergrund trete“, ſo verwechſelt er eben die beiden grundverſchiedenen Inſtitute der Collation bei der Erbfolge und der Einrechnung in den Pflichtheil.) Dagegen mag man immerhin hervorheben, wie die entgegengeſetzte Anſicht leicht zu der Inconvenienz führen kann, daß der Pflichttheil des Enkels größer ausfiele, als ſeine Erbportion bei wirklichem Eintritt der Inteſtaterbfolge.

[9] Anders verhält es ſich nach der ausdrücklichen Beſtimmung der L. 20 pr. C. de coll. 6. 20. .... Haec autem regula, ut omnia quae portioni quartae imputantur, etiam ab intestato conferantur, minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere, etiam illa quae conferuntur, omni modo in quartam partem his computari, qui ad inofficiosi querelam vocantur. Francke S. 239 fg. Mühlenbruch S. 302 fg. Arndts im R. L. VIII S. 132. 133. Pandekt. §. 549 Anm. 3. Brinz §. 202. Allein ſchon ſeit langer Zeit geht der Zug dahin, von der Collationspflicht bei der geſetzlichen Erbfolge auf die Einrechnung in den Pflicht-

theil zu schließen (Glück Bd. 7 S. 94 fg.), und dieser Schluß ist vollkommen gerechtfertigt, wenn man die collationspflichtigen Gaben als Vorausleistungen und Vorausempfänge aus dem künftigen Erbvermögen ansieht, wie dies im preuß. und österr. Recht der Fall ist. Oben §. 45...47. Vgl. auch Witte, das preuß. Intestaterbr. S. 227. A. L. R. II 2 §. 393. Sächs. Gesetzb. §. 2574. Hess. Entw. S. 123.

[10] Ist eine Gabe mit der ausdrücklichen Bestimmung ihrer Einrechnung in den gesetzlichen Erbtheil gewährt worden, so ist sie im Zweifel in den Pflichttheil nicht einzurechnen, wohl aber umgekehrt (oben §. 46 Anm. 11): was in die ganze Intestaterbportion einzurechnen wäre, ist nicht auch ohne weiters in einen bestimmten Theil derselben einzurechnen, wohl aber in das Ganze, was in den Theil einzurechnen ist. Ist Einrechnung in den Pflichttheil aufgetragen worden, und setzt der Erblasser den begabten Notherben im Testament „auf den Pflichttheil" ein, so findet die Einrechnung statt, nicht aber ohne besondere Willenserklärung, wenn er denselben auf einen größeren Erbtheil instituirt; arg. §. 790.

[11] Man pflegt diese Anrechnungsart die römische zu nennen: mit Unrecht, da sie nirgends im röm. Recht ausdrücklich angeordnet ist, man müßte denn alles Naturgemäße „römisch" nennen wollen. Daß aber diese Anrechnungsmethode der Natur der Sache entspricht, ist außer Zweifel. Ist das Gegebene als aus dem künftigen Erbvermögen vorausgewährt zu betrachten, so muß es zu demselben hinzugeschlagen werden, wenn es sich um Bestimmung der ganzen Intestatportion (oben §. 47 Anm. 1) oder eines Theiles derselben handelt, da es so anzusehen ist, als wäre jene Gabe eben jetzt (zur Todeszeit des Erblassers) aus dessen Erbschaft herausgegangen: ist das Vorausempfangene als Theil des Pflichttheils zu betrachten, so muß es nothwendig auch als Bestandtheil des Erbvermögens betrachtet werden, da der Pflichttheil portio portionis ab intestato ist. Es ist einleuchtend, daß der Pflichttheil nicht etwa von dem wirklich vorhandenen Erbvermögen allein zu berechnen und dann von dieser Summe der vorausempfangene Betrag abzuziehen ist (wie gleich Gspan in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 II Nr. 19. 1836 I Nr. 17 noch Ellinger zu §. 788 will), da der Notherbe durch den Empfang der einzurechnenden Gabe schlechter gestellt sein würde, als wenn dieselbe im Vermögen des Erblassers geblieben wäre: die Vorausbegünstigung würde sich als eine Nachherbeeinträchtigung erweisen. Ebenso lehrt der oberflächlichste Blick auf §. 793, daß die Anordnung desselben nicht buchstäblich wie sie lautet auf die Einrechnung in den Pflichttheil anwendbar sei. Die sog. römische Anrechnungsart wurde schon von Scheidlein, Misc. Hft 2 S. 88 fg. gebilligt und ist insbesondere von Czada, Abhandl. über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichttheils (1830) S. 54 fg. 107 fg. 163 fg. und von Härdtl in seiner tüchtigen Monographie „über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichttheil" (1838) S. 75 fg. 84 fg. 104 fg. nach allen Seiten hin durchgeführt und gegen alle möglichen Einwürfe sichergestellt worden. Vgl. auch Winiwarter III S. 379 fg. 383 fg. 388 fg. Stubenrauch II S. 726 fg. Füger III S. 177 fg. Nichtsdestoweniger hat in älterer wie in neuerer Zeit gar Mancher seinen Witz daran versucht, eine andere Anrechnungsmethode aufzufinden. Durch diese immer wieder bis zum Überdruß erneueten Versuche ist unsere particularrechtliche Literatur über diese Frage, welche auf dem Gebiet des gem. Rechts gar nicht bestritten ist, sondern als selbstver-

ständlich ganz kurz und obenhin abgethan wird (Francke S. 238. 239. Arndts im R. L. VIII S. 133. Pandekt. §. 594. Fein, Collation S. 383 Note 18. Seuffert §. 653 zu Note 9a. Brinz S. 849), zu einem alles Maß übersteigenden Umfang angeschwollen, welcher unwillkürlich an das Wort Goethe's erinnert: „Das ist eine von den alten Sünden, Sie meinen: Rechnen das sei Erfinden." Eine Übersicht und Widerlegung dieser verschiedenen Anrechnungsmethoden bei Czada S. 56 fg. 141 fg. Härdtl S. 12 fg. Stubenrauch II S. 732 fg. in der Note.

12 Mit Unrecht hat Czada S. 122 fg. für den Fall der Verkürzung der übrigen Notherben die entgegengesetzte Behauptung aufgestellt. Vgl. dagegen auch Härdtl S. 98 fg. Winiwarter III S. 380 fg. Stubenrauch II S. 735 fg. Ellinger zu §. 788. Reicht also der wirklich vorhandene Nachlaß zur Bestreitung des den übrigen Notherben mit Rücksicht auf das Gesammtvermögen gebührenden Pflichttheils nicht hin, so findet eine verhältnißmäßige Herabminderung derselben statt. Über die verschiedenen Rechnungsmethoden hiebei (sog. Aushilfsrechnungen) vgl. Härdtl S. 49 fg. 66 fg. Winiwarter III S. 385. 386. Stubenrauch II S. 738. 739 in der Note.

13 Vgl. auch Mühlenbruch Bd. 35 S. 307 Note 16. Auf diese Art kann allerdings unter Umständen der Erblasser, der einen Notherben allzureichlich vorausbedacht hat, selbst in der freien Verfügung über die Hälfte (resp. zwei Drittheile) des Erbvermögens beschränkt, ja gänzlich daran gehindert werden: dieser beengenden Folge kann er nur vorbeugen durch Gewährung einer solchen Gabe unter Verzichtleistung des Notherben auf die gesetzliche Erbfolge. Anm. 14.

14 Von einem solchen Notherben kann man in gewissem Sinne sagen: partem facit ad minuendam, numerum facit ad augendam legitimam. Auf einer Halbheit beruht die Behauptung von Winiwarter III S. 386 fg. und Härdtl S. 119 fg., daß nur der vorverstorbene, nicht auch der von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossene vorausbedachte Notherbe bei der Berechnung des Pflichttheils der übrigen Notherben nicht in Anschlag komme: Letzterer ist in Beziehung auf Ausmessung des Pflichttheils durchaus pro mortuo zu halten (§. 767). Vgl. dagegen auch Stubenrauch II S. 741 Note *.

4. Hinterlassung des Pflichttheiles.

§. 82.

Der Pflichttheil kann dem Berechtigten durch Erbeinsetzung, auf den Pflichttheil schlechthin oder auf die dem Pflichttheil entsprechende Erbquote, oder durch Vermächtniß, es sei des Pflichttheils schlechthin oder eines seiner Größe entsprechenden Betrages oder Gegenstandes, oder durch Schenkung auf den Todesfall, oder zum Theil auf die eine, zum Theil auf die andere Art hinterlassen werden[a] (§. 774)[1]. Der Pflichttheil muß dem Berechtigten vollständig und unbeschwert hinterlassen werden; jede Beschränkung

[a] §. 6 I. de inoff. test. 2. 18. L. 8 §. 16 D. eod. 5. 2. L. 33 pr. C. eod. 3. 28.

durch Bedingungen oder Befriſtungen und jede Belaſtung mit irgend welcher Auflage iſt ungültig, ſoweit ſie den Pflichttheil trifft[2], und kann nur in Anſehung des dem Notherben zugewendeten Mehrbetrages[b] wirkſam werden (§. 774)[3]; doch mag der Erblaſſer in Anſehung eines ſolchen Mehrbetrages immerhin gültig anordnen, daß der Notherbe denſelben nur für den Fall erhalten ſolle, daß er ſich die hinzugefügte Beſchränkung oder Belaſtung auch in Anſehung des Pflichttheils gefallen laſſe[4].

Anm. [1] In der teſtamentariſchen Erklärung des Erblaſſers, daß er den Notherben „auf den Pflichttheil ſetze" oder „einſchränke", oder ihm den Pflichttheil „vermache" oder „hinterlaſſe", iſt im Zweifel nur die Anordnung eines Vermächtniſſes des Pflichttheilsbetrages zu ſehen. Vgl. auch Francke, Recht der Notherben S. 392. 393 und Mühlenbruch Bd. 35 S. 319 fg. Ein ſolches Setzen oder Beſchränken auf den Pflichttheil kann übrigens auch ohne anderweitige Erbsernennung vorkommen und wirkſam ſein. Z. B. ein Vater, der drei Söhne hat, erklärt nur, daß er ſeinen erſtgeborenen Sohn auf den Pflichttheil ſetze: hierin liegt ausgeſprochen, daß bei der dem Willen des Erblaſſers gemäß eintretenden geſetzlichen Erbfolge jener Sohn nicht die ganze Inteſtatportion, ſondern nur einen Theil derſelben erhalten ſolle. Der in einem Teſtament auf den Pflichttheil Geſetzte iſt, wenn das Teſtament ungültig oder ganz oder zum Theile vereitelt wird, in der Regel von der Inteſtaterbfolge nicht ausgeſchloſſen, da er eben nur zu Gunſten der eingeſetzten Erben auf den Pflichttheil beſchränkt iſt (vgl. auch Stubenrauch II S. 682. 683, der jedoch zu weit geht, gegen Zeiller II S. 786, dem Füger, Erbr. III S. 132 fg. beiſtimmt): doch können die Umſtände immerhin auch ſo beſchaffen ſein, daß an dem Willen des Erblaſſers, dem Notherben auf alle Fälle nicht mehr als den Pflichttheil zu hinterlaſſen, nicht zu zweifeln iſt. Z. B. der Erblaſſer beginnt ſein Teſtament mit der Erklärung, daß ſein unwürdiger Sohn in keinem Falle und unter keinen Umſtänden mehr als den Pflichttheil haben ſolle und ernennt hierauf den A zu ſeinem Erben: kommt es hier, weil A früher ſtirbt oder ausſchlägt, zur Inteſtaterbfolge, ſo iſt dennoch der Sohn dem Willen des Erblaſſers gemäß nicht zu ihr zuzulaſſen, ſondern es ſind die nach dem Sohne zur geſetzlichen Erbfolge Berufenen als dem A ſtillſchweigend ſubſtituirt anzuſehen.

[2] L. 32 C. h. t. 3. 28. .... Si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. (Nach älterem R. R. konnte der Notherbe wegen jeder Schmälerung des Pflichttheils das Teſtament mit der querela inofficiosi angreifen und damit ſeine ganze Inteſtatportion erlangen. Francke §. 19. Mühlenbruch Bd. 36 S. 1 fg.) Insbeſondere iſt auch die Beſchwerung des Pflichttheils

[b] L. 36 §. 1 C. h. t. 3. 28. Nov. 18 c. 3.

eines unmündigen oder wahnsinnigen Kindes mit einer fideicommissarischen Substitution für den Fall seines Todes während der Unmündigkeit oder des Wahnsinns ungültig. Vgl. Schindler in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1839 I Nr. 2, dem auch Winiwarter III S. 349 und Stubenrauch II S. 684 Note ** beistimmen; derselben Ansicht jedoch mit unrichtiger Motivirung ist Scheidlein §. 44.

[3] Dies gilt insbesondere in Ansehung der dem Notherben auferlegten Restitution der ganzen Erbschaft: er behält den Pflichttheil rein und unbeschwert, ohne Rücksicht auf die von der ganzen Erbschaft mittlerweile zu gewinnenden Früchte. Überhaupt kann der Pflichttheil nicht aus den künftigen Erträgnissen hinterlassen werden (cf. L. 6 pr. C. ad Sc. Trebell. 6. 49. L. 36 pr. i. f. C. h. t. 3. 28), sollte gleich durch ihre Höhe die Verspätung ausgeglichen werden. (Über L. 8 §. 11 D. h. t. 5. 2 und L. 12 C. h. t. 3. 28 vgl. Glück Bd. 7 S. 76 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 324 fg. Arndts im R. L. VIII S. 134 Note 239.) Unzweifelhaft findet diese Exemtion des Pflichttheils vom gravamen restitutionis auch dann statt (§. 20 Anm. 9), wenn Eltern ihre testirunfähigen Kinder zu Erben ernennen und die Anordnung einer fideicommissarischen Substitution für den Fall des Versterbens der Kinder im Zustande der Testirunfähigkeit hinzufügen (§. 609). Vgl. auch Prockner, Darstellung über das letztwillige Verfügungsrecht der Eltern S. 34. 131 fg. 133 fg. und Stubenrauch II S. 379.

[4] Dies ist die sog. Sociniſche Cautel, sogenannt nach dem Juristen Marianus Socinus dem Jüngern aus Siena († 1556), der diesen Ausweg (diese „harmlose Kunst" wie sie Keller §. 514 nennt) zwar nicht erfand, aber dessen Zulässigkeit in einem ausführlichen Gutachten vertheidigte. Koch, über die Sociniſche Cautel, 1786. Glück Bd. 7 S. 86 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 334 fg. Francke S. 247 fg. Arndts im R. L. VIII S. 135 fg. Am wichtigsten wird diese Cautel, wenn der Erblasser einem Dritten den Nießbrauch des ganzen Erbvermögens sichern oder dem Notherben die Restitution der ganzen Erbschaft wirksam auferlegen will. Vgl. auch Stubenrauch II S. 686 gegen Kalessa in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1849 II S. 255 fg. Unzutreffend ist das Beispiel, welches Zeiller II S. 788 Note * für die Sociniſche Cautel gibt: bei bedingter Erbeinsetzung ist die Bedingung, soweit sie den Pflichttheil betrifft, als nicht hinzugefügt zu betrachten.

5. Ausschließung der Pflichttheilsberechtigten.

a) Enterbung zur Strafe[1].

§. 83.

Kinder und Eltern, welche als nächste Erben gesetzlichen Anspruch auf die ganze Erbschaft oder doch einen Theil derselben hätten, können vom Erblasser aus gewissen vom Gesetz bestimmten Gründen von der Erbfolge ausgeschlossen werden. Diese Ausschließung eines Notherben von der Erbfolge heißt Enterbung[2].

Das Gesetz stellt eine geschlossene Reihe von Gründen auf,

aus welchen Kinder wie Eltern zur Strafe für ein bestimmtes Verschulden rechtmäßig enterbt werden können (§. 768...770)[3]. Die Gründe für Enterbung der Kinder sind[4]: 1) böswillige Verlassung des Erblassers in hilfloser Lage[5]; 2) Verurtheilung wegen eines Verbrechens zur Todesstrafe oder zur lebenslänglichen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe[6]; 3) beharrliche Führung eines die öffentliche Sittlichkeit verletzenden Lebenswandels[7] (§. 768)[8]. Eltern können von ihrem Kinde außer den Nr. 1 bis 3 angeführten Gründen auch wegen gänzlicher Vernachlässigung seiner Erziehung enterbt werden (§. 769). Überdies können Notherben aus den in §. 540 und §. 542 angeführten Gründen der sog. Erbunwürdigkeit von der Erbfolge ausgeschlossen werden (§. 770)[9]. Der Enterbungsgrund muß zur Zeit der Erklärung der Ausschließung noch vorhanden sein; er wird insbesondere beseitigt durch vorhergegangene vollständige Vergebung von Seiten des Erblassers[10].

Die Enterbung muß in einer der für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Formen erklärt werden; die Ausschließung braucht jedoch nicht gerade in einem Testament vorgenommen zu werden, sie kann auch neben einem Testament und selbst ohne ein solches vorkommen und wirksam sein[11]. Die Enterbung kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden; ausdrücklich durch bestimmte und deutliche Äußerung des Ausschließungswillens, wozu es jedoch der Angabe einer bestimmten Enterbungsursache nicht bedarf (§. 771)[12]; stillschweigend durch Übergehung des Notherben, dessen Dasein und Verschulden dem Erblasser bekannt war, im Testament[a] (§. 782)[13]. Die Enterbung kann an eine Bedingung geknüpft[14] und selbst im vorhinein für den Fall verhängt werden, daß der Notherbe sich bis zum Tode des Erblassers eines bestimmten zur Ausschließung berechtigenden Vergehens schuldig machen sollte[15]. Die Ausschließung kann in der gänzlichen Entziehung des Pflichttheils oder in der Schmälerung oder Belastung desselben bestehen[16].

Zur Wirksamkeit der Ausschließung ist erforderlich, daß der bestimmte Enterbungsgrund zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorhanden sei[17] und von dem Erben als wahr erwiesen werde[b]

[a] cf. L. 9. 10 C. de test. mil. 6. 21. §. 6 I. de exher. liber. 2. 13. A. L. R. II §. 442. [b] Nov. 115 c. 3 §. 14 i. f. c. 4 §. 8.

(§. 771). Aufgehoben wird die Enterbung, sowohl die ausdrücklich als die stillschweigend verhängte[18], nur durch einen in gesetzlicher Form (§. 717 fg.) erklärten Widerruf[19]; die Vergebung von Seiten des Erblassers hat für sich allein diese Wirkung nicht (§. 772)[20].

Die Wirkung der rechtmäßigen Enterbung besteht zunächst darin, daß der Ausgeschlossene den Pflichttheil gar nicht oder doch nicht in seinem ganzen Umfange erhält; kommt es jedoch zur gesetzlichen Erbfolge, sei es weil der Erblasser ein Testament gar nicht errichtet hat oder weil das errichtete Testament im übrigen ungültig oder vereitelt wird, so ist der Enterbte in der Regel auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen, da es dem vermuthlichen Willen des Erblassers entspricht, daß der Notherbe, der nicht einmal einen Theil der Intestatportion erhalten soll, um so weniger die ganze Intestatportion erlange[21]. Der rechtmäßig ausgeschlossene Notherbe hat jedoch gesetzlichen Anspruch auf Gewährung des nothwendigen Unterhaltes (§. 795)[22].

Anm. [1] Arndts Art. Enterbung im R. L. III S. 884 fg., VIII S. 144 fg. Graßl, zur Lehre von der Enterbung, in der österr. Vierteljahrsschr. I Nr. 1. — Das französische Gesetzb. kennt die Enterbung nicht, es stellt nur (a. 727) Indignitätsgründe auf: Zöpfl (in der Zeitschr. f. deutsch. R. V S. 127) bezeichnet dies als „eine glückliche Rückkehr zu einem Grundsatz des alten deutschen Rechts, welches ebenfalls keine Enterbung kannte, aber den Erben, welcher ein Verbrechen an dem Erblasser begangen hatte (die sog. blutige Hand), ipso jure von der Erbschaft ausschloß." Vgl. auch Siegel, deutsch. Erbr. §. 45. 46. Der hess. Entw. gibt nur den Ascendenten das Recht, den Pflichttheil der Descendenten in gewissen Fällen zu schmälern, nicht gänzlich zu entziehen (Art. 116 vgl. Art. 117. Motive S. 82. 83); das zürch. Gesetzb. dagegen (§§. 2042. 2043) und das sächs. Gesetzb. §. 2575. 2576 lassen eine gänzliche Ausschließung vom Pflichttheil zu.

[2] Enterbung ist, schon der privativen Bedeutung der Partikel „ent" zufolge, Entziehung des jemand zustehenden Erbrechts: sie setzt daher einen kraft Rechtens bestehenden Erbanspruch voraus, der dem Berechtigten genommen werden soll. Exheredatio res in extraneo inepta. L. 132 pr. D. de V. O. 45. 1. Dennoch kleidet sich in den Ausdruck Enterbung, wie schon bei den Römern (vgl. Arndts im R. L. III S. 884 fg.), so noch h. z. T. hin und wieder auch die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung sowie die kategorische Zurücknahme einer früher getroffenen Erbernennung, und die Ausschließung eines Intestaterben von der dem Willen des Erblassers gemäß eintretenden gesetzlichen Erbfolge (oben §. 30 Anm. 4). Auch die Enterbung pflichttheilsberechtigter Personen kann sich, genau genommen, nur auf die Entziehung oder Schmälerung ihres Pflichttheils beziehen, da sie gegen den Willen des Erblassers auf mehr als diesen nicht Anspruch haben: dennoch ist es passend die Enterbung solcher Personen als Ausschließung von der Erbfolge über-

haupt zu bezeichnen, da in der Ausſchließung vom Pflichttheil immer zugleich eine Ausſchließung von der geſetzlichen Erbfolge liegt. Anm. 11. 21.

[3] Vollberechtigt iſt die Bemerkung Zeiller's II S. 778: „Ich mache auf die Faſſung des Geſetzes, auf die Würde, Schonung und Zartheit im Ausdruck aufmerkſam, womit, ohne der Sache etwas zu vergeben, dieſer ſehr bedenkliche auf das ehrwürdige Verhältniß zwiſchen Eltern und Kindern ſich beziehende Gegenſtand hier vorgetragen wird, wenn man dagegen die derben, das Zartgefühl eines cultivirten Zeitalters, ja man kann ſagen den öffentlichen Anſtand beleidigenden Ausdrücke vergleicht, womit die Enterbungsurſachen in andern Geſetzbüchern vor Augen gelegt werden." Dieſes Lob konnte dem weſtgal. Geſetzb. II §. 579. 581 noch nicht gezollt werden. In ähnlich ſchonender Weiſe drückt ſich das zürch. Geſetzb. §. 2042 und der heſſ. Entw. Art. 116 aus.

[4] Der in §. 768 angeführte erſte Enterbungsgrund (Abfall vom Chriſtenthum 1. Aufl. Anm. 4) iſt durch Geſ. 25. Mai 1868 Art. 7 beſeitigt.

[5] Daß unter „Nothſtand" im §. 768 nur die pecuniäre Dürftigkeit zu verſtehen ſei (arg. §. 273), wie von manchen Seiten behauptet wird (Stubenrauch II S. 669) iſt ſicher unhaltbar: Geldnoth iſt nur eine der mannigfachen Lebensnöthen. Vgl. auch Winiwarter III S. 342. Schon nach der Novelle 115 c. 3 §. 12. c. 4 §. 6 bildete Vernachläſſigung des geiſteskranken Aſcendenten oder Deſcendenten einen Enterbungsgrund, ebenſo nach dem weſtgal. Geſetzb. II §. 579 Nr. 4. §. 581 Nr. 2 Veranlaſſung der Eltern oder Kinder in elendem Zuſtand: und ſollte ein kranker Vater, den der Sohn in ſtrafbarer Weiſe (vgl. Strafgeſetzb. §. 360) hilflos liegen läßt, dieſem trotz ſolcher Acharistie etwa noch den Pflichttheil hinterlaſſen müſſen? — Dadurch, daß §. 768 Nr. 2 ausdrücklich vom Erblaſſer ſpricht, iſt für dieſen Punkt die gemeinrechtliche Controverſe, ob ein Enterbungsgrund aus der Perſon eines andern beleidigten Aſcendenten oder Deſcendenten geltend gemacht werden könne, in befriedigender Weiſe gelöſt worden. Vgl. Mühlenbruch Bd. 37 S. 171 fg. Arndts im R. L. III S. 897. 898. Vangerow II S. 339; dagegen jedoch Schmidt, das formelle Recht S. 164. (Anders noch das weſtgal. Geſetzb. II §. 580.)

[6] §. 768 Nr. 3 ſpricht zwar nicht von der Verurtheilung zur Todesſtrafe, ſicher aber iſt mittelſt des argumentum a minori ad majus dieſe Ausdehnung in dem „Sinn des Geſetzes gegründet" (§. 771). Vgl. auch Winiwarter III S. 344. 345. Stubenrauch II S. 670. Ellinger zu §. 770 gegen Rippel V S. 80. 81, dem Fierlinger S. 325 beiſtimmt. Mit dieſem Enterbungsgrund wird man ſich doch wohl nicht ganz einverſtanden erklären können: auf der einen Seite iſt das Strafmaß gewiß zu hoch gegriffen, auf der andern Seite iſt es ſicher nicht zu billigen, daß eine Enterbung auch in Folge der Verurtheilung wegen eines nicht gemeinen (politiſchen) Verbrechens zuläſſig ſein ſoll. Der Fortbeſtand dieſes Enterbungsgrundes wird m. E. durch die Strafnovelle v. 15. Nov. 1867 in keiner Weiſe alterirt. — Durch die Schlußbeſtimmung des §. 771 iſt die gemeinrechtliche Controverſe, ob man durchaus bei den Worten des Geſetzes ſtehen bleiben müſſe oder zur ſinngemäßen Ausdehnung eines im Geſetz genannten Enterbungsgrundes berechtigt ſei (Glück Bd. 7 S. 148 fg. Mühlenbruch Bd. 37 S. 176 fg. Arndts im R. L. III S. 898. 899. Vangerow II S. 338. 339), in befriedigender Weiſe gelöſt.

[7] Darunter kann doch wohl nur eine liederliche oder entehrende Lebensweise (turpis vita, cf. Nov. 115 cap. 3 §. 11) zu verstehen sein. Die Frage aber, ob eine bestimmte Lebensweise contra bonos mores verstoße, ist sicher nach den allgemein geltenden Anschauungen zu beantworten (Rippel V S. 82), nicht nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs (wie Winiwarter III S. 342. 343. Ellinger zu §. 770. Stubenrauch II S. 670. 671 wollen): sollte etwa ein Vater seinen Sohn, der beharrlich übrigens zu ganz mäßigen Preisen verbotene Spiele spielt (vgl. Strafgesetzb. §. 522), enterben dürfen?

[8] Der im Ehegesetz für Katholiken v. 8. Okt. 1856 §. 32 enthaltene Enterbungsgrund (1. Aufl. Anm. 8) ist für die Zukunft mit seiner Quelle beseitigt. Ges. 25. Mai 1868.

[9] In diesen Fällen ist freilich eine Enterbung genau genommen nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich, da dem Erbunwürdigen oder vielmehr Erbunfähigen (§. 5 Anm. 3) der Erbanspruch schon kraft Rechtens (ipso jure) entzogen ist (vgl. auch §. 767). Zur Aufnahme dieser Erbunfähigkeitsursachen (§. 540...542) unter die Enterbungsgründe (§. 770) mochte man sich, abgesehen von der schon frühe vorkommenden Unklarheit in diesem Punkte (Siegel S. 131) und dem Umstande, daß auch die Nov. 115 manchen Indignitätsgrund als Enterbungsgrund anführt, wohl durch die Erwägung veranlaßt finden, daß der beleidigte Erblasser selbst über den Schuldigen die verdiente Strafe solle verhängen können, welcher Ausspruch denn auch nicht ohne alle praktische Bedeutung ist. Vgl. Anm. 20.

[10] Unrichtig oder doch ungenau ist es, wenn unsere Schriftsteller der Versöhnung (mit der Wirkung der Aufhebung des Enterbungsrechtes) nur in Ansehung der im §. 770 angeführten Enterbungsursachen erwähnen (Rippel V S. 115. Stubenrauch II S. 672), während doch in allen Fällen (§. 768...770) in Folge der Versöhnung die justa offensionis causa nicht mehr vorhanden ist. Arndts im R. L. III S. 899. Valett §. 33. Vangerow II S. 339. Viel zu weit geht gewiß Schmidt S. 166, wenn er behauptet, daß ein Verzicht auf das Enterbungsrecht überhaupt unwirksam sei, da hierin eine unzulässige Beschränkung der Testirfreiheit liege. Dagegen ist allerdings soviel richtig, daß das Versprechen, wegen einer künftig eintretenden Enterbungsursache nicht enterben zu wollen, ungültig ist. arg. L. 23 D. de R. J. Mühlenbruch Bd. 37 S. 186.

[11] Hierin besteht ein wichtiger und folgenreicher Unterschied des österr. Rechts vom röm. Recht (Mühlenbruch Bd. 36 S. 393 fg.), da nach diesem die Enterbung in der Regel in einem gültigen Testament vorgenommen werden mußte (Gaj. II 273. §. 2 I. de codic. 2. 25. L. 14 C. de test. 6. 23) und unwirksam wurde, wenn das Testament destituirt ward (L. 20 pr. D. de b. p. c. t. 37. 4), während nach österr. Recht auch im Fall der Vereitelung des Testaments die darin gültig ausgesprochene Enterbung aufrecht bestehen bleibt (arg. §. 726) und in der Ausschließung des Erheredirten von der nunmehr eintretenden Intestaterbfolge wirksam wird. Anm. 21. In ähnlicher Weise wie nach österr. Recht mußte es sich übrigens schon nach röm. Recht bei Militärtestamenten verhalten.

[12] Anders nach den Bestimmungen der Nov. 115 c. 3 §. 14 i. f. c. 4 §. 8. Die dem preuß. Landr. II 2 §. 441. 516 nachgebildete Vorschrift des §. 771 beruht

auf anerkennungswerthen Rückſichten der Humanität. Zeiller II S. 780. Graßl S. 11. Die entgegengeſetzte Anordnung fand ſich noch im weſtgal. Geſetzb. II §. 582 und findet ſich wieder im zürch. Geſetzb. §. 2043, im ſächſ. Geſetzb. §. 2595 und im heſſ. Entw. Art. 118. Die irrige Behauptung Stubenrauch's II S. 673. 710, daß der Unterſchied zwiſchen ausdrücklicher und ſtillſchweigender Enterbung in der Angabe reſp. Verſchweigung der Enterbungsſache liege, beruht auf einer Verwechslung der Erklärung des Enterbungswillens mit der Erklärung der Enterbungsurſache.

[13] Vgl. Stubenrauch in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1839 I S. 213 fg. Unhaltbar iſt die Behauptung Zeiller's II S. 799, daß eine ſtillſchweigende Enterbung auch dann vorhanden ſei, wenn dem Erblaſſer das Daſein des Notherben aus Irrthum unbekannt war: ſie verſtößt gegen die auch hier zur Anwendung kommenden Erforderniſſe der Concludenz des Schweigens. Syſtem II S. 111 fg. Vgl. dagegen auch die Stellen der Note a (si miles testamentum faciat et liberos suos non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium pro exheredatione nominatim facta valere §. 6 I cit.) und Nippel V S. 113. 114. Winiwarter III S. 363. 364. Stubenrauch II S. 711. 712. Graßl S. 16. 17. Damit das Schweigen als Enterbung angeſehen werden könne, iſt erforderlich, daß der Erblaſſer in einem Teſtament zu ſeinem ganzen Nachlaß Erben berufen habe: denn ſo weit dies nicht geſchehen iſt, oder dafern bloß Legate angeordnet wurden, bleibt es bei der geſetzlichen Erbfolge und es fehlt dann an dem gehörigen Anhaltspunkt, um die Ausſchließung eines Notherben zu folgern.

[14] Unhaltbar iſt die entgegengeſetzte Behauptung Zeiller's II S. 781, welche er damit zu rechtfertigen ſucht, daß es für den Fall der Deficienz der Bedingung ungewiß ſei, welchen Erbtheil der Notherbe erhalten habe: er erhält in dieſem Fall den Pflichttheil (arg. §. 776). Vgl. auch Stubenrauch II S. 674. In dem andern Fall freilich, den Zeiller ſetzt (wenn mich meine Frau überlebt, ſoll mein zur 20jährigen Kerkerſtrafe verurtheilter Sohn nicht einmal den Pflichttheil haben), verhält es ſich anders: vorausgeſetzt nemlich, daß hier die Frau gültig inſtituirt iſt (oben §. 14 Anm. 2), iſt der Sohn gewiß nur als zu ihren Gunſten exheredirt zu betrachten und erhält daher als einziger Inteſtaterbe den ganzen Nachlaß, wenn die Frau vor dem Erblaſſer verſtirbt. — Über eine bedingte Enterbung nach dem Recht der Novelle 115 vgl. Arndts im R. L. VIII S. 145. 146. Bangerow II S. 340 fg.

[15] Dieſe Anſicht wird auch für das gem. Recht von den meiſten Schriftſtellern vertheidigt. Arndts im R. L. VIII S. 147. Schmidt S. 164. 165. A. M. Bangerow II S. 342. Es ſteht dieſer Meinung nach öſterr. Recht ebenſowenig als nach gem. Recht der Umſtand entgegen, daß das Geſetzbuch gleich der Novelle 115 von zur Zeit der Teſtamentserrichtung bereits vorhandenen Gründen ſpricht. Schmidt S. 165. Der Zeit nach dem Tode des Erblaſſers jedoch darf der Enterbungsgrund nicht entnommen werden, da das Recht des Notherben im Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers ein concret begründetes iſt. Arndts und Schmidt a. a. O.

[16] Auf einem ſonderbaren Mißverſtändniß beruht es, wenn Stubenrauch II S. 674 Note † behauptet, daß es ſich in dieſer Beziehung nach röm. Recht anders verhalte und dafür L. 19 D. de lib. et post. 28. 2 anführt: dieſe Stelle bezieht ſich gar nicht auf das Pflichttheilsrecht, ſondern auf die Formvorſchriften des älteren

Rechtes bezüglich der Exheredation, die von ganz eigenthümlicher Strenge waren. Vgl. zu L. 19 cit. Francke, Recht der Notherben S. 68 fg. Arndts im R. L. III S. 893. Mühlenbruch Bd. 36 S. 427. Es unterliegt gar keinem Zweifel, daß auch nach röm. Recht, älterem und neuerem, falls ein rechtmäßiger Grund vorhanden ist, eine bloße Schmälerung des Pflichttheils zulässig ist. Vgl. auch Arndts, Pandekt. §. 601 a. E. — Ebenso unhaltbar ist die Behauptung Stubenrauch's II S. 684. 685, daß es zur Wirksamkeit der rechtmäßigen Belastung des Pflichttheils einer ausdrücklichen Enterbung des Pflichttheilsberechtigten bedürfe: wozu ein solcher Umweg? Vgl. dagegen auch Füger, Erbr. III S. 136. 137.

[17] Durch die Enterbung soll der Notherbe zur verdienten Strafe von der Erbfolge ausgeschlossen sein: die Frage, ob er diese Ausschließung verdiene und mit Recht von dem Erbgang fern gehalten werde, ist naturgemäß nur nach der Zeit zu beurtheilen, wo die Ausschließung praktisch wirksam werden soll (arg. §. 545), also nach der Zeit der Delation der Erbschaft, was jedoch jetzt nur mehr in Ansehung des Enterbungsgrundes Nr. 3 von Bedeutung sein kann. Ellinger zu §. 770. A. M. Rippel V S. 86. 87. Winiwarter III S. 345. Stubenrauch II S. 675. Der hier vertretenen milderen Meinung, welche auch nach gemeinem Recht gilt (vgl. Arndts im R. L. III S. 899. 900, dagegen jedoch Mühlenbruch Bd. 37 S. 185. 186), steht auch §. 772 nicht im Weg, da es sich hier nicht um eine Zurücknahme der verhängten Enterbung, sondern um die Wirksamkeit resp. Unwirksamkeit der vom Erblasser nicht aufgehobenen Enterbung handelt.

[18] Mit Unrecht wird von manchen Schriftstellern (Scheidlein §. 25. Ellinger zu §. 772. Winiwarter III S. 346) behauptet, daß es im Fall der stillschweigenden Enterbung (§. 782) einer besonderen Erklärung des Widerrufs nicht bedürfe, sondern daß schon die erfolgte Aussöhnung den entzogenen Erbanspruch restituire: dieser Behauptung steht in entscheidender Weise der Umstand entgegen, daß die Anordnung des §. 772 gerade auf der Annahme beruht, daß aus der bloßen Versöhnung auf den Widerruf der Enterbung in concludenter Weise nicht geschlossen werden könne. Vgl. auch Rippel V S. 115. 116. Stubenrauch in der Zeitschr. 1839 I S. 219 und Comment. II S. 676 Note *.

[19] Mit Recht wird allgemein angenommen, daß unter dem „ausdrücklichen" Widerruf in §. 772 nicht der ausdrücklich erklärte Widerruf (§. 719) im Gegensatz des stillschweigend erklärten (§. 721), sondern die besondere Erklärung des Widerrufs im Gegensatz des aus gewissen Umständen nur zu folgernden Widerrufs zu verstehen sei. Vgl. hierüber zuletzt Graßl S. 18 fg. Wenn derselbe jedoch meint (S. 19. 20), daß nicht in allen Fällen der sog. stillschweigende Widerruf (§. 717. 721) hinreichend sei, um eine Enterbung vollständig aufzuheben, so beruht diese Behauptung auf der irrigen Annahme einer neben der ausdrücklichen Enterbung vermeintlich vorhandenen stillschweigenden Ausschließung in dem von ihm gesetzten Falle: die Hinzufügung eines Codicills, in welchem die Enterbung ausgesprochen wird, zeigt eben, daß der Erblasser in dem früher errichteten Testament seinen Sohn zwar wissentlich übergangen (§. 776), aber nicht stillschweigend enterbt habe (§. 782), so daß also die Conclusion aus dem Schweigen auf die Enterbung aufgehoben wird.

[20] Diese Frage, ob schon die Versöhnung an sich die gültig vorgenommene Enterbung wieder aufhebe oder nicht, war und ist unter den gemeinrechtlichen Schrift-

stellern streitig. Für ihre Bejahung: France S. 414 fg. Arndts im R. L. III S. 899. 900, für ihre Verneinung: Mühlenbruch Bd. 37 S. 185. 186. Vangerow II S. 339. 340. Schmidt S. 165. 166. Die ältere Literatur bei Valett §. 33 Note d. e und Mühlenbruch Note 68. Das österr. Gesetzb. hat die Frage nach dem Vorbild des preuß. Landr. II 2 §. 414... 416 entschieden. (Auch der Schlußsatz des §. 32 Ehegef. v. 8. Okt. 1856 sprach dasselbe Prinzip aus.) — In dieser Beziehung nun macht sich die vom Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend aus den Gründen des §. 770 verhängte Enterbung praktisch geltend, indem die nachgefolgte Versöhnung für sich allein nicht hinreichend ist, die vorgenommene Enterbung wieder zu beseitigen, während die ipso jure eintretende Erbunfähigkeit durch die nachfolgende Versöhnung allerdings aufgehoben wird (§. 540).

[21] Dies wird mit Recht von allen unseren Schriftstellern angenommen. Vgl. insbes. Winiwarter III S. 337.

[22] Das Nähere über diesen Alimentationsanspruch (vgl. westgal. Gesetzb. II §. 588), der jedoch einem auf Grund des §. 770 Enterbten nicht zusteht, gehört in das Obligationenrecht.

b) Enterbung in guter Absicht.

§. 84.

Dem Erblasser ist es gestattet, den überschuldeten oder verschwenderischen[1] Notherben, Ascendenten wie Descendenten[2], zum Besten seiner Kinder[a] auszuschließen[3], indem er diesen den jenem gebührenden Pflichttheil zuwendet (§. 773)[4]. Der ausdrücklichen Angabe der Enterbungsursache bedarf es auch in diesem Falle nicht[5]; kann sie jedoch von dem Erben nicht erwiesen werden (§. 771)[b], oder ist der Pflichttheil nicht den Kindern des Notherben zugewendet worden[6] oder sind diese sämmtlich vor dem Erblasser wieder hinweggefallen, so behält der Notherbe seinen Anspruch auf den Pflichttheil[7].

Anm. [1] Es wird hiebei vorausgesetzt, daß der Notherbe nicht etwa schon wegen Verschwendung unter Curatel (§. 273) gesetzt ist (System I §. 38 Note 14), da in diesem Fall ohnehin schon dafür gesorgt ist, daß seinen Kindern der ihm zufallende Pflichttheil nicht durch verschwenderisches Gebahren entgehe. Rippel V S. 90. A. M. Zeiller II S. 783. Winiwarter III S. 348. Stubenrauch II S. 678. Ellinger zu §. 773. Füger, Erbr. III S. 161. Auch in der L. 16 cit. (Note a; vgl. zu dieser Stelle insbesondere Mühlenbruch Bd. 37 S. 431 fg.) wird hervorgehoben, daß der Großvater für das Wohl seiner Enkel auf doppelte Weise sorgen könne, entweder durch testamentarische Bestellung eines Curators für den verschwenderischen Sohn (§. 1), oder durch Erbeinsetzung der Enkel und Hinterlassung hin-

[a] L. 16 §. 2 D. de curat. fur. 27. 10. [b] cf. L. 16 §. 3 cit.

reichender Alimente für den enterbten Sohn (§. 2). Daß ein gerichtlich erklärter Verschwender wegen Überschuldung enterbt werden könne, versteht sich von selbst. In anderen Fällen (z. B. wegen Blödsinns des Notherben) ist die sog. exheredatio bona mente facta nach österr. Recht nicht gestattet. Anders nach röm. Recht Mühlenbruch Bd. 37 S. 445 fg. 452 fg. Puchta, Vorles. II S. 407. Keller §. 515 und nach preuß. Recht: II 2 §. 421. Das westgal. Gesetzb. II §. 587 sprach bloß von verschwenderischen Notherben. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2577.

[2] Zeiller II S. 783. Rippel V S. 89. Unhaltbar ist die Behauptung Winiwarter's III S. 347. 348, daß unter den Notherben des §. 773 nur Descendenten zu verstehen seien (dagegen auch Stubenrauch II S. 680. 681. Ellinger zu §. 773): sie steht in Widerspruch mit der ratio juris und mit der geschichtlichen Entwickelung des Instituts (vgl. Mühlenbruch S. 463. 464). Vgl. auch A. L. R. II 2 §. 515.

[3] Eine Ausschließung des Notherben lediglich zu seinem eignen Besten, wie sie doch wohl nach gemeinem Recht (vgl. insbes. Mühlenbruch Bd. 37 S. 391 fg. Arndts im R. L. III S. 901. VIII S. 155. Pandekt. §. 603. Puchta, Vorles. II S. 408. Schmidt, das formelle Recht S. 166 fg. gegen Francke, Recht der Notherben §. 34) und entschieden nach preuß. Recht (II 2 §. 419 fg.) zulässig ist, ist nach österr. Recht unstatthaft: wohl in der Erwägung, daß die Gläubiger des Notherben auch auf die Alimente, welche ihm im Fall der Ausschließung hinterlassen werden müßten (L. 16 §. 2 cit.), greifen könnten (Scheidlein §. 28), und daß ihnen gegenüber selbst eine etwaige testamentarische Veräußerungsbeschränkung des Notherben unwirksam sein müßte (anders das A. L. R. II 2 §. 423 fg. 429). Hieraus ergibt sich um so mehr die Unwirksamkeit eines sonstigen dem Erben lediglich zu seinem Besten vom Erblasser auferlegten Veräußerungs- und Einschuldungsverbots. Samml. Nr. 116. 140. 238. — Der hess. Entw. hat die Enterbung „in wohlmeinender Weise" gänzlich aufgegeben (Motive S. 83. 84) und auch im zürch. Gesetzb. (vgl. §. 2051. 2052) kommt sie nicht mehr vor.

[4] Der Pflichttheil ist sämmtlichen Kindern (§. 42) des Notherben, welche zur Todeszeit des Erblassers vorhanden sind (§. 22), zu hinterlassen. Dieser Moment ist der entscheidende, da mit dem Tode des Testators die Erbfolge eröffnet wird, von welcher der Notherbe zum Besten seiner Kinder ausgeschlossen sein soll, die sofort an seiner Stelle den Pflichttheil erhalten: später erzeugte Kinder haben daher ebensowenig einen Anspruch auf den Pflichtheil (wie neuerlichst wieder Füger, Erbr. III S. 162. 163 behauptet, als etwa umgekehrt der Theil eines nach dem Testator aber vor dem Notherben verstorbenen Kindes den andern Kindern accrescirt. Vgl. auch van der Straß im Jurist. Bd. 16 S. 440 fg. Stubenrauch II S. 678 fg. Ellinger zu §. 773. Der Pflichttheil muß den Kindern des Notherben wohl auch zu gleichen Theilen zugewendet werden (vgl. van der Straß S. 443), da das Gesetz ihnen den ganzen Pflichttheil in dem Maß sichern will, wie sie ihn erhalten haben würden, wenn der Notherbe vor dem Erblasser verstorben wäre. Anm. 7. — Im Fall der Enterbung bona mente (§. 773) braucht dem ausgeschlossenen Notherben nicht, wie nach röm. Recht (L. 16 §. 2 cit.), der nothwendige Unterhalt zugetheilt zu werden: dem steht auch nicht §. 795 im Weg, da der dem ausgeschlossenen Notherben gebührende Pflichttheil an seine Kinder gelangt und er diesen gegenüber unter den

gehörigen Voraussetzungen Anspruch auf Alimentation hat. §. 154. Vgl. auch Scheidlein §. 28.

[5] Anders der herrschenden Ansicht zufolge nach röm. Recht (cf. L. 16 §. 2 cit. L. 3 §. 3 D. de usur. 22. 1. Mühlenbruch S. 462. 463; vgl. jedoch Schmidt S. 169 Note 52) und nach preuß. Recht: A. L. R. II 2 §. 422. Einer förmlichen Enterbung des Notherben bedarf es nicht: so genügt z. B. die Erklärung des Erblassers, daß er den seinem (überschuldeten) Sohne gebührenden Pflichttheil den Kindern desselben hinterlasse, oder daß er, da sein Sohn ein Verschwender sei, seine Enkel zu alleinigen Erben einsetze. Die bloße unmotivirte Präterition des Notherben dagegen würde zur Enterbung nicht genügen, wären auch dessen Kinder zu Erben eingesetzt: es gibt keine stillschweigende Enterbung bona mente; arg. §. 782.

[6] Ungegründet ist die Behauptung Nippel's V S. 90. 91, daß die nicht erfolgte Zuwendung des Pflichtheils an die Kinder des Ausgeschlossenen unter Umständen als geschehen anzunehmen sei; dagegen auch van der Straß S. 435 fg. und Stubenrauch II S. 680 Note **. Natürlich aber genügt die Zuwendung des Pflichttheils an die Kinder des ausgeschlossenen Notherben in jeder erkennbaren Weise; z. B. die Erklärung, daß der verschwenderische Sohn zu Gunsten seiner Kinder enterbt sein sollte.

[7] Dies ist unzweifelhaft der Fall, wenn der Pflichttheil des ausgeschlossenen Notherben einem Dritten zugewendet wurde. Ist der Pflichttheil zwar einigen, aber nicht allen Kindern des Notherben zugewendet worden, so ist die Enterbung nur theilweise ungültig, und der Notherbe kann jenen Theil des Pflichttheils beanspruchen, der bei Zuwendung desselben an alle Kinder auf die Übergangenen entfallen wäre (vgl. van der Straß S. 443. 444), da doch sicher auch von vornherein seine Ausschließung nur auf einen Theil des Pflichttheils beschränkt werden kann. Ist der Pflichttheil zwar allen Kindern, aber zu ungleichen Theilen zugewendet worden, so ist nur die Theilungsvorschrift ungültig. Anm. 4.

6. Verwirklichung des Pflichttheilsanspruchs.

§. 85.

Die Verwirklichung des Pflichttheilsanspruchs ist nach Verschiedenheit der Gestalt, in welcher das Pflichttheilsrecht auftritt, eine verschiedene. Ist der Pflichttheil dem Berechtigten durch Erbeinsetzung hinterlassen, so hat der Notherbe die rechtliche Stellung eines Miterben[1]; er ist ihm mittelst eines Vermächtnisses zugewendet, so befindet er sich in der Lage eines sonstigen Vermächtnißnehmers, doch kann er die Entrichtung des Legats sofort verlangen (arg. §. 774), ohne an die Frist eines Jahres (§. 685) gebunden zu sein[a]. Ist aber der Pflichttheilsberechtigte widerrechtlich enterbt oder wissentlich übergangen worden, so kann er den ihm gebühren-

[a] Vgl. oben §. 64 Anm. 8.

den vollen Pflichttheil oder, wenn ihm derselbe ohne gehörigen Grund verkürzt hinterlassen wurde, die Ergänzung desselben fordern (§. 729. 775. 776. 781)[b]. Dieser ohne weiters vererbliche[c] Anspruch kann nur auf Auszahlung des dem Pflichttheil entsprechenden Geldbetrages, nicht auf Einräumung eines Antheils an den einzelnen Vermögensgegenständen gerichtet werden (Hfdkrt v. 7. Febr. 1844 Anhang Nr. 60)[2]; doch nimmt der Berechtigte an allen Vermehrungen und Verminderungen Theil, welche das Erbvermögen vom Todestage an bis zur Entrichtung des Pflichtheils erfährt, so daß der ihm hinauszuzahlende Betrag verhältnißmäßig wächst oder abnimmt (§. 786)[3], und er deshalb auch Rechnungslegung vom Erben für diesen Zeitraum fordern kann (Hfdkrt 10. April 1847 Anhang Nr. 61). Der persönliche Anspruch des Notherben geht zunächst nur gegen die Erben[d]; zur Deckung desselben haben jedoch mit den Erben zugleich die Vermächtnißnehmer verhältnißmäßig beizutragen (§. 783), welche sich deshalb einen entsprechenden Abzug gefallen lassen müssen[4]. Der Anspruch auf Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils verjährt in drei Jahren von der Zeit des Erbschaftsantritts an (§. 1487); er erlischt an sich weder durch Anerkennung des Testaments noch durch Annahme des darin Hinterlassenen[e]; zur Sicherung desselben können die Notherben gleich sonstigen Erbschaftsgläubigern von der Rechtswohlthat der Gütertrennung Gebrauch machen (§. 812)[5]. Befinden sich unter den Notherben pflegbefohlene Personen, so muß der Abhandlungsrichter, wenn er eine Verletzung ihres Pflichttheils befürchtet, auf Vorlegung eines sog. Pflichttheilsausweises dringen (Ges. 9. Aug. 1854 §. 162) und darf vor Entrichtung oder pupillarmäßiger Sicherstellung des den pflegbefohlenen Notherben gebührenden Pflichttheils den Nachlaß dem Erben nicht hinausgeben (vgl. §. 160 Ges. 9. Aug. 1854)[6].

Anm. [1] Ist also der Notherbe auch nur auf den Pflichttheil schlechthin oder auf seine Pflichttheilsquote „zum Erben" eingesetzt, so hat er alle Rechte und Pflichten eines Erben und kann daher nicht etwa, wie man öfters behauptet (Zeiller II S. 803 und wie es scheint auch Stubenrauch II S. 719) mit dem Geldwerthe seines Antheils abgefunden werden. Unger, die Verlass. Abhandl. S. 144 Note 10. Samml.

[b] Vgl. westgal. Gesetzb. II §. 585. 586. [c] cf. L. 34 i. f. C. h. t. 3. 28.
[d] cf. Nov. 115 c. 5. [e] cf. L. 35 §. 2 C. h. t. 3. 28.

Nr. 786. Ist der Pflichttheilsberechtigte nicht auf seine ganze Quote zum Erben ernannt, so kann er seinen Mehranspruch auch bei der Erbtheilung geltend machen. Sind den Erben, unter denen sich der auf den Pflichttheil eingesetzte Notherbe befindet, Vermächtnisse auferlegt worden, so sind diese soweit sie den Notherben treffen nichtig (§. 774) und müssen von den übrigen Erben nur pro rata ihrer Erbtheile getragen werden, dafern nicht die Absicht des Erblassers erhellt, daß die anderen Erben diese Auflagen ganz erfüllen sollen. §. 649. Francke, Recht der Notherben S. 226. 227. Ist der Notherbe zum Alleinerben eingesetzt, jedoch mit Vermächtnissen überschwert, so kann er ohne weiters den Legataren so viel abziehen, daß er seinen Pflichttheil rein behält. Stubenrauch II S. 782. 783. Gegen den wenngleich nur auf seine Pflichttheilsquote eingesetzten Notherben haben die Erbschaftsgläubiger dasselbe Recht wie gegen andere Erben. Francke S. 227. 228. Mühlenbruch Bd. 35 S. 287. 288.

[2] Die frühere Controverse hierüber (Czada, Abhandl. §. 27. Ellinger in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1843 II Nr. 37. Zugschwerdt im Jurist. Bd. 10 S. 15 fg.) war ein Nachklang der älteren unrichtigen Ansicht, daß der Pflichttheil nicht bloß der Größe und dem Werthe, sondern auch den Objekten nach als Quote der Erbschaft zu betrachten sei. Diese Ansicht, welche manche gemeinrechtliche Schriftsteller (z. B. Glück Bd. 7 S. 117 fg.) zu der verkehrten Behauptung führte, daß es unzulässig sei, den Pflichttheil in Gestalt des Legats einer bestimmten Sache zu hinterlassen (vgl. Mühlenbruch Bd. 35 S. 329 fg. Arndts im R. L. VIII S. 135), war im westgal. Gesetzb. II §. 571 noch in voller Geltung: „Sind die in der Verlassenschaft befindlichen Sachen theilbar, so erhalten die Notherben den Pflichttheil an den Sachen selbst: sind sie es nicht, so erhalten sie ihn an gemeinem Werth." Ein bedauerlicher Rest jenes Irrthums hat sich in der Schlußanordnung des §. 786 erhalten. Anm. 3. Umgekehrt braucht sich auch der Notherbe die Zuweisung bestimmter Sachen, die ihm der Erblasser nicht angewiesen hat, nicht gefallen zu lassen. Arndts im R. L. VIII S. 135 Note 244. Winiwarter III S. 370. Die Pflichttheilsschuld ist eben im Grund nichts anderes als eine qualificirte Erbschaftsschuld, und der Pflichttheilsanspruch ein rein persönlicher Geldanspruch. cf. L. 8 §. 15 D. de inoff. test. 5. 2. Vgl. auch Brinz S. 850. Unrichtig das sächs. Gesetzb. §. 2589.

[3] Diese dem gemeinen Recht (L. 6 C. h. t. 3. 28. Glück Bd. 7 S. 67. Arndts im R. L. VIII S. 129) zuwiderlaufende Anordnung ist gewiß nicht zu billigen. Unger, die Verlass. Abhandl. S. 143. 144. Sie steht in Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatz, wonach es überhaupt für die Berechnung eines Anspruchs an den Nachlaß auf den Stand des Erbvermögens zur Todeszeit des Erblassers ohne Rücksicht auf spätere Ab- und Zugänge ankömmt (oben §. 66 Note a); sie ist in Widerstreit mit der Auffassung des Pflichttheilsrechts als eines rein persönlichen Anspruchs (§§. 729. 775. 776. 781. 1487), wonach der Notherbe trotz der Erklärung des §. 727 nicht Miterbe ist; sie führt endlich zu praktischen Inconvenienzen wegen der zum Behuf der Pflichttheilsberechnung erforderlichen doppelten Berechnung des Erbvermögens. Die besprochene Bestimmung des §. 786 ist theils ein Rest der früheren unrichtigen Ansicht über die Natur des Pflichttheilsanspruchs (Anm. 2), welche auch in dieser Beziehung ältere Juristen zu Irrthümern führte (vgl. Francke,

Recht der Notherben S. 337 Note 22. Mühlenbruch Bd. 35 S. 280 Note 37. S. 284), theils eine trübe Nachwirkung der unklaren Anordnungen des preuß. Landr. über die rechtliche Natur des Pflichttheils (Koch II §. 862). — Unsere Schriftsteller verstehen zumeist unter der „wirklichen Zutheilung" (§. 786) die Zutheilung (Einantwortung) des Nachlasses an den Erben, nicht die Zutheilung (Entrichtung) des Pflichttheils an den Notherben. Rippel V S. 125. Winiwarter III S. 373. Stubenrauch II S. 718. 719. Ellinger zu §. 786. (Füger, Erbr. III S. 140. 141 ist unklar.) Mit Unrecht. Vgl. auch Scheidlein §. 40. 57, der jedoch §. 39 ganz falsche Consequenzen aus §. 786 zieht. Einerseits liegt in der Einantwortung des Nachlasses an sich kein innerer Grund für die Beendigung der bisherigen Gemeinschaftlichkeit des Erbvermögens zwischen den Haupt- und den Notherben, andererseits gebraucht das Gesetzbuch nirgends den Ausdruck „Zutheilung" für „Einantwortung". Überdies heißt es im Hfdkrt v. 10. April 1844 ganz ausdrücklich: „vom Tode des Erblassers an bis zur wirklichen Zutheilung des Pflichttheiles." Freilich erscheint hienach aber die Anordnung des §. 786 um so greller, und dies vollends dann, wenn der Pflichtheil dem Notherben nicht vollständig hinterlassen wurde, so daß er nur Ergänzung desselben fordern kann. — Vgl. Samml. Nr. 688.

[4] Diese Auffassung des §. 783 wird vertheidigt von Rippel V S. 117 fg. Winiwarter III S. 366 fg. Hoffbauer im Jurist. Bd. 6 S. 410 fg. Stubenrauch II S. 713. 714, während Zeiller II S. 800. 801. Scheidlein §. 41. 42. Czada, Abhandl. über die vollständige Entrichtung des Pflichttheils S. 165 fg. 178 fg. Prockner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 II Nr. 37. Fierlinger S. 330 und Füger, Erbr. I S. 80 fg. die Ansicht aufstellen, daß die Legatare nicht mit den Erben zugleich, sondern nur in subsidium zur Bedeckung des Pflichttheils beizutragen haben. Diese letztere Behauptung ist doch wohl unrichtig. Abgesehen davon, daß sich dieselbe schon mit den Regeln der grammatischen Auslegung nicht wohl verträgt und daß hienach der §. 783 etwas Selbstverständliches (vgl. §. 690. 692) und insoferne Überflüssiges aussprechen würde, spricht entschieden gegen jene Ansicht das Vorbild des preuß. Landr. (II 2 §. 434: „Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem solchen Kind zukommenden Pflichttheils müssen die Erben und Legatarien nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen") und der klare Ausspruch des westgal. Gesetzb. II §. 586: „....der Pflichttheil wird aus der Masse entrichtet und verhältnißmäßig von den Erbtheilen und Vermächtnissen abgezogen." Hiezu kömmt noch, daß durch die Anordnung des §. 783 der vermuthliche Wille des Erblassers getroffen werden sollte, der, wenn er die Auszahlung des Pflichttheils vorausgesehen hätte, zum Zweck der Ausscheidung der erforderlichen Summe aller Wahrscheinlichkeit nach die Antheile sowohl der Erben als der Legatare verhältnißmäßig herabgemindert hätte (vgl. auch zürch. Gesetzb. §. 2045), und daß selbst nach R. R. in Folge des dem Erben verstatteten Abzugs der Falcidischen Quart die Legatare unter Umständen indirekt zur Ergänzung des Pflichttheils beitragen müssen (Arndts im R. L. VIII S. 139. 140). — Es versteht sich übrigens von selbst, daß nur jene Erben und Legatare zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils beitragen müssen, denen selbst mehr als ihr Pflichttheil beträgt hinterlassen worden ist; und man wird wohl auch für das österr. Recht (vgl. A. L. R. II 2 §. 435) zugeben können, daß wenn der Erblasser den dem Notherben gebührenden Erbtheil ausdrücklich einem der Mit-

erben oder Vermächtnißnehmer beſchieden hat, dieſer allein den verletzten Notherben abfinden muß.

[5] Die Gläubiger des Notherben können zu ihrer Sicherung (vgl. §. 822) nur ein Verbot der Auszahlung der Pflichttheilsſumme gegen die Erben oder die Pfändung der aus dem Pflichttheilsrecht entſpringenden Geldforderung erwirken. Ellinger im Juriſt. Bd. 18 S. 293 fg. Stubenrauch II S. 813 Nr. 7. Samml. Nr. 432. Unrichtig Füger I S. 91. 92 Note *.

[6] Über die Unzweckmäßigkeit dieſer Anordnungen vgl. Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 142 fg.

7. Verletzung des Pflichttheils durch übermäßige Schenkung[1].

§. 86.

Der Erblaſſer wird in der Regel durch das Pflichttheilsrecht ſeiner Notherben in der freien Verfügung über ſein Vermögen durch Rechtsgeſchäfte unter Lebenden nicht beſchränkt[2]. Ausnahmsweiſe findet eine ſolche Beſchränkung des Erblaſſers in Anſehung übermäßiger Schenkungen unter Lebenden ſtatt, durch welche der künftige Pflichttheilsanſpruch ſeiner zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Kinder[3] beeinträchtigt wird (§. 951)[a]. Als übermäßig und daher pflichtwidrig (inofficios) erſcheint die Schenkung, wenn ſie ſo groß iſt, daß bei dem Schenker nicht einmal der volle Betrag des von dem ganzen durch die Schenkung noch unverminderten Vermögen berechneten Pflichttheils zurückbleibt[4], ſomit (§. 765) wenn die Schenkung, es ſei eine einzige oder eine Anzahl gleichzeitiger Schenkungen an dieſelbe oder verſchiedene Perſonen, die Hälfte des zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens überſteigt (§. 951)[5]. Wird das Vermögen erſt durch aufeinanderfolgende Schenkungen herabgebracht, ſo enthalten die ſpäteren Schenkungen, obgleich ſie einzeln für ſich betrachtet das rechte Maß nicht überſteigen, dennoch eine Pflichtwidrigkeit[6]. Der Schutz des beeinträchtigten Notherben gegen eine ſolche Verletzung ſeines Pflichttheils beſteht darin, daß er[7] die übermäßige Schenkung nach dem Tode des Erblaſſers, dieſer mag mit oder ohne Teſtament verſterben[b], anfechten und zur Ergänzung ſeines Pflichttheils ſo viel zurückfordern kann, als der Unterſchied zwiſchen dem aus dem Nachlaß erlangten Vermögensbetrag und dem Betrag des nach dem damaligen unverminderten Vermögen berechneten

[a] C. de inofficiosis donationibus 3. 29. Syſtem II §. 98. [b] L. 3 C. h. t.

Pflichttheils ausmacht, in keinem Falle jedoch mehr als das pflichtwidrige Übermaß der Schenkung (§. 951)[8]. Das Anfechtungsrecht fällt daher hinweg, wenn der Notherbe, es sei durch letztwillige Vorkehrung des Erblassers[c] oder in Folge mittlerweile eingetretener Vermögensvermehrung[9], aus dem Nachlaß ohnehin soviel erhält, als der nach dem damaligen Vermögensstande berechnete Pflichttheil beträgt (§. 951)[10]. Die Rückforderungsklage (sog. querela inofficiosae donationis) geht gegen den Beschenkten, es sei einer der Notherben selbst oder ein Dritter, und gegen dessen Erben, nicht auch gegen dritte Besitzer (§. 951); sie verjährt in drei Jahren von der Todeszeit des Erblassers an (§. 1487)[11] und geht ohne weiters auf die Erben des Verletzten über (arg. §. 949)[12]; ist die Verletzung durch eine Anzahl gleichzeitiger Schenkungen herbeigeführt worden, so geht der Ergänzungsanspruch verhältnißmäßig gegen alle Beschenkte; ist die Verletzung durch eine Reihe aufeinanderfolgender Schenkungen bewirkt worden, so können nur die späteren Schenkungen, welche diesen Erfolg herbeigeführt haben, rückgängig gemacht werden[13]. Der Beschenkte haftet, wenn er von der Verletzung des Pflichttheils keine Kenntniß hatte, nur in dem Maß als er zur Zeit der Klagmittheilung[d] noch bereichert erscheint[e], im entgegengesetzten Fall vom Zeitpunkt der erlangten Kenntniß der Verletzung im vollen Umfang des pflichtwidrig erhaltenen Betrages (§. 952)[14].

Anm. [1] Zimmern, inofficiosa donatio, in seinen und Neustetel's röm. rechtl. Untersuchungen (1821) S. 58 fg. Kritz, über die querela inofficiosae donationis, in seinen exeget. prakt. Abhandl. (1824) Nr. 5. Breidenbach im civ. Arch. Bd. 27 Nr. 14. Bd. 28 Nr. 2. — Stubenrauch, von dem Recht des Notherben, eine Schenkung wegen Verkürzung des Pflichttheils zu widerrufen, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1841 II Nr. 40. Pachmann, ein Beitrag zum Verständniß des §. 951, in Haimerl's Magaz. Bd. 11 Nr. 2.

[2] Quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem. L. 2 D. si a par. quis manum. 37. 12. Eine Anwendung hievon enthält §. 1286. Vgl. jedoch Mühlenbruch Bd. 36 S. 135 und zürch. Gesetzb. §. 2047. Daher können die Notherben auch nicht auf Sicherstellung ihres Pflichttheils gegen den Erblasser dringen. Die aus humanen Rücksichten verwerfliche, in juristischer Beziehung unhaltbare Anordnung des a. h. Reskripts v. 15. Febr. 1765, daß jüdische Eltern ihren zum Christenthum übergetretenen Kindern den

[c] Nov. 92 c. 1. [d] System II §. 128 Text zu Note 45. 46. [e] arg. L. 6 §. 11 D. quae in fraud. 42. 8.

Pflichttheil sicher stellen sollen (vgl. Mühlenbruch Bd. 35 S. 282 Note 39), ist längst einer richtigeren Anschauung gewichen. Hfdkt 1. Okt. 1821 (J. G. S. Nr. 1804).

[3] Pflichttheilsberechtigte Eltern haben nach österr. Recht die querela inofficiosae donationis nicht: ob sich diese Abweichung vom gem. Recht (L. 4 C. h. t. 3. 29), die das westgal. Gesetzb. III §. 68 noch nicht enthielt, rechtfertigen lasse, ist zu bezweifeln. Unbedenklich sind unter den querelberechtigten „Abstämmlingen" auch pflichttheilsberechtigte Adoptivkinder zu verstehen. Vgl. auch Stubenrauch III S. 141 Note * gegen Pachmann S. 47. Daß das Anfechtungsrecht nur solchen Kindern zusteht, die schon zur Zeit der Schenkung vorhanden sind, nicht auch nachgeborenen Kindern (§. 951), ist insoferne etwa zu billigen, als sie eine Consequenz des Prinzips sein soll, daß eine Schenkung nur dann als pflichtwidrig angesehen werden könne, wenn sie schon im Moment ihrer Vornahme eine Pflichtverletzung enthält (vgl. Mühlenbruch Bd. 36 S. 69. 70 und insbesondere Bangerow II S. 329. 330 gegen die herrschende entgegengesetzte Ansicht der gemeinrechtlichen Schriftsteller): allein es erscheint dann einerseits die Unzulässigkeit der Revocation einer Schenkung im Fall der Nachgeburt von Kindern (§. 954. System II §. 99 Nr. 3) um so härter, und andererseits wird das Verhältniß complicirter, wenn zu den zur Schenkungszeit schon vorhandenen also widerrufsberechtigten Kindern später andere durch Nachgeburt hinzukommen, die nicht widerrufsberechtigt sind, indem hienach der Umfang der Pflichtwidrigkeit ex post verringert wird. Samml. Nr. 282. Dagegen sollte nicht in Abrede gestellt werden (Pachmann S. 48. Stubenrauch III S. 140), daß das Revocationsrecht auch den nachrückenden Descendenten zustehe, welche zur Zeit der pflichtwidrigen Schenkung noch nicht unmittelbares Notherbenrecht hatten. Vgl. Arndts im R. L. VIII S. 169.

[4] Entscheidend ist die objektive Pflichttheilsverletzung durch die übermäßige Schenkung, so daß es nach österr. Recht ganz sicher (Mühlenbruch S. 95...97. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 207 fg.) auf die Absicht des Erblassers, den Notherben zu beinträchtigen, nicht weiter ankömmt. Vgl. auch Francke S. 505 fg. Arndts im R. L. VIII S. 165. 166. Bangerow II S. 328. 329. Puchta, Vorles. II S. 411. Keller §. 518. Vgl. jedoch auch Brinz S. 853. War die Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme nicht pflichtwidrig, so wird sie es auch nicht hinterher durch spätere Verminderungen des Erbvermögens. Francke S. 508. — Ein anderes Prinzip stellt der Cod. civ. a. 922 auf, und es sprechen triftige Gründe für dasselbe. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 210 fg.

[5] Der leitende Gedanke besteht darin, daß der Pflichttheil so wenig durch Schenkungen unter Lebenden als durch letztwillige Verfügungen geschmälert werden soll, und daß daher der Erblasser nur über jenen Theil seines Vermögens durch Freigebigkeit verfügen kann, der nach Abzug des seinen Kindern gebührenden Pflichttheils übrig bleibt. So kömmt man hier im Grunde auf die deutschrechtliche Auffassung des Pflichttheils als einer der freien Verfügung des Erblassers entzogenen Vermögensquote (§. 78 Anm. 2) hinaus und es ist die Freigebigkeit inter vivos in dieser Beziehung so zu behandeln, als wäre sie eine mortis causa getroffene Verfügung. Daraus folgt mit innerer Nothwendigkeit, daß die nach Abzug der Schenkung des halben Vermögens erübrigende Vermögenshälfte den Kindern des Erblassers ungeschmälert verbleiben muß, daß also ihr Pflichttheil nicht etwa von dieser Hälfte

zu berechnen ist: denn der Erblasser hat bereits über die disponible Vermögenshälfte durch donatio inter vivos verfügt und der Pflichttheil, der weder durch Schenkungen unter Lebenden noch durch letztwillige Verfügungen geschmälert werden darf, kann um so weniger durch eine Verbindung beider Rechtsgeschäfte beeinträchtigt werden. Hätte eine solche Schmälerung des von dem ganzen Vermögen gebührenden Pflichttheils, also der noch übrigen Vermögenshälfte, durch Vermächtnisse oder Erbernennungen stattgefunden, so könnte freilich nicht die Schenkung, welche an sich nicht pflichtwidrig war, wohl aber die letztwillige Verfügung als inofficiös angefochten werden. Dasselbe gilt sowohl bei geringeren als bei übermäßigen Schenkungen in Ansehung der über den Rest des Vermögens getroffenen letztwilligen Verfügungen: im ersteren Fall kann letztwillig nur bis zum Betrag der ursprünglichen Vermögenshälfte verfügt werden, und im letzteren Fall wechselt nicht etwa das Maß des vom Beschenkten zurückzufordernden Betrags mit Rücksicht auf die getroffenen letztwilligen Anordnungen, sondern es sind sowohl diese als die übermäßige Schenkung vom verletzten Notherben als pflichtwidrig anzufechten. Vgl. auch Francke S. 514 fg. und Mühlenbruch Bd. 36 S. 137. Derselben Ansicht sind Zeiller III S. 175. Winiwarter IV S. 133 fg. Härdtl S. 106. Stubenrauch III S. 141. 142. Füger, Erbr. III S. 142 fg. gegen Pachmann S. 53 fg. Fierlinger S. 340 fg. und Ungermann in der G. Z. 1856 Nr. 15, welche dem Erblasser das Recht einräumen wollen, noch über die nach Abzug der Schenkung erübrigende Vermögenshälfte letztwillig zu verfügen, so daß also das Kind nur auf die Hälfte dieser Hälfte, somit auf ein Viertheil des ganzen ursprünglichen Vermögens Pflichttheilsanspruch hätte. Wäre diese Ansicht richtig, so würde der Erblasser in seiner Freigebigkeit inter vivos gegenüber sich selbst, zu Gunsten seines letztwilligen Verfügungsrechts, beschränkt, und man könnte praktisch doch nur dann von einer übermäßigen Schenkung reden, wenn der Erblasser mehr als drei Viertheile seines Vermögens verschenkt hätte, da der Notherbe, der ein Viertheil des ganzen Vermögens erhält, die Schenkung, welche doch die Hälfte des Vermögens überstiegen hat, dennoch nicht als pflichtwidrig anfechten könnte. Daß der Pflichttheil in der That von dem ganzen durch die Schenkung noch ungeschmälerten Vermögen zu berechnen ist, geht wie aus Nov. 92 c. 1 (tantam unicuique ex liberis servare partem legitimam, quanta erat antequam pater donationem . . . . conferet) so auch aus §. 68 III westg. Gesetzb. klar hervor. Inconsequent ist die Darstellung von Rippel VI S. 242 fg. und Ellinger zu §. 951, die übrigens unter einander wieder abweichen.

[6] Es folgt dies daraus, daß der Erblasser im Interesse seiner Kinder von seinem Vermögen durch Freigebigkeit inter vivos nicht mehr vergeben kann, als durch letztwillige Liberalität: jede Schenkung ist daher pflichtwidrig, durch welche für sich allein oder in Verbindung mit anderen gleichzeitigen oder vorhergegangenen die disponible Vermögenshälfte überschritten wird. Diese Ansicht, welche auch auf dem Gebiete des gem. Rechts die herrschende ist (Francke S. 512 fg. Bangerow II S. 327. Arndts im R. L. VIII S. 166), wird von unseren Schriftstellern in der Regel nicht getheilt: sie wollen zumeist das Revocationsrecht auf den kärglichen Fall des in fraudem legis agere beschränken (Zeiller III S. 175. 176. Rippel VI S. 242. Pachmann S. 53. Stubenrauch III S. 140. Ellinger zu §. 951), wofür manche von ihnen sonderbarer Weise „die Analogie des §. 916" anrufen. Die richtige Ansicht

hat Winiwarter IV S. 137. 138, der jedoch unnöthigerweise die Sache complicirt und eine willkürliche Berechnungsweise aufstellt.

[7] Nicht auch der Schenker selbst. Auf dem Gebiet des gemeinen Rechts ist diese Frage wegen der L. 5 C. h. t. 3. 29 sehr streitig. Vgl. Francke S. 317 fg. Arndts im R. L. VIII S. 163 Note 77. Brinz S. 854. Der Pflichttheilsberechtigte braucht nicht Erbe des Schenkers geworden zu sein, um die Schenkung anfechten zu können (vgl. Arndts S. 164 und Seuffert §. 664 Note 6 gegen Francke S. 501. 517. 520. 532 und Mühlenbruch Bd. 36 S. 71), und kann daher auch das zurückerhaltene Übermaß der Schenkung für sich behalten, ohne es etwa den Gläubigern des Erblassers zu ihrer Befriedigung ausliefern zu müssen. Vgl. auch Ellinger zu §. 952. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 229. Cod. civ. a. 921.

[8] Die Beschränkung des Widerrufs auf das pflichtwidrige Übermaß, welche allerdings dahin führen kann, daß der beeinträchtigte Notherbe doch nicht zu seinem vollen Pflichttheil gelangt, rechtfertigt sich vollkommen durch die Erwägung, daß das Anfechtungsrecht nicht weiter gehen kann als der Anfechtungsgrund. Es wäre auch sonderbar, wenn der Notherbe, falls der späterhin gänzlich verarmte Erblasser früher fünf Achtel seines Vermögens verschenkt hätte, nicht nur ein Achtel sondern vier Achtel sollte zurückfordern können, während er unter gleichen Umständen bei Verschenkung der Hälfte des Vermögens gar kein Revocationsrecht hat. Eine solche Beschränkung des Widerrufs auf das pflichtwidrige Übermaß findet auch nach gem. Recht statt (Mühlenbruch S. 121. 122), hinsichtlich dessen man h. z. T. allgemein annimmt, daß nicht die ganze Schenkung, sondern nur soviel zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlich ist, rescindirt werden kann. Vgl. Francke S. 521 fg. Mühlenbruch S. 97 fg. Arndts S. 164. 165. Bangerow S. 330 fg. Köppen, System S. 130 fg. — Über den Beweis bei dieser Rescissionsklage vgl. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 227. 228, dessen Ausführungen jedoch m. E. nicht richtig sind: der Notherbe muß, so schwierig dies auch unter Umständen fallen mag, beweisen, daß und um wie viel der Erblasser mehr als die Hälfte seines zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens vergeben habe.

[9] Die Consequenz fordert, daß „wenn einmal durch Vermögensvermehrung die Verletzung des Pflichttheils wieder vollständig aufgewogen war, dann aber durch andere Umstände dieser Vermögenszuwachs wieder consumirt wird und daher beim Tode des Schenkers die Notherben wirklich nicht mehr soviel vorfinden, als ihr Pflichttheil zur Zeit jener älteren Schenkung betragen hätte, nun dennoch diese nicht mehr angefochten werden könne; denn der Grund der Verkleinerung des Pflichttheils liegt nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensvermehrung beseitigt war, sondern in der noch später eingetretenen zufälligen Vermögensverminderung, welche nicht das Recht gibt, eine frühere Schenkung anzufechten" (Arndts S. 167). Diese Consequenz wird man auch für das österr. Recht ziehen dürfen, und dies um so mehr, als §. 951 nur von dem Beweise spricht, den der klagende Notherbe zu führen hat, während jener Nachweis dem beklagten sich mit solcher Behauptung schützenden Beschenkten obliegt.

[10] An dieser Berechnungsweise ist nach der klaren Fassung des §. 951 („daß sein reiner Nachlaß den Betrag der Hälfte seines zur Schenkung gehabten Vermö-

gens nicht erreiche") nicht zu zweifeln. Anders und richtiger nach gem. Recht, indem es hienach auf die Höhe des von dem gesammten durch die übermäßige Schenkung unverminderten und durch die nachträglichen Vermögenserweiterungen vermehrten Vermögens zu berechnenden Pflichttheils ankömmt. Francke S. 510. Mühlenbruch Bd. 36 S. 119. 120. Arndts S. 167. Bangerow S. 326. Seuffert §. 664 Note 11. Sächs. Gesetzb. §. 2604. Während also nach österr. Recht der Notherbe vom Beschenkten nichts zu fordern hat, wenn der Erblasser von seinem 8000 betragenden Vermögen jenem 5000 geschenkt hatte und später sein Vermögen wieder auf 4000 erhöht hat, kann er nach gem. Recht, vorausgesetzt daß sein Pflichttheil auf die Hälfte der Intestatportion geht, vom Beschenkten noch 500 zur Ergänzung seines Pflichttheils fordern. Die Anordnung des §. 951 beruht auf einem älteren Irrthum (der sich z. B. auch bei Glück Bd. 7 S. 98. 99 findet) und führt dahin, daß dem Notherben nicht sein volles Recht wird, indem der Erblasser doch über mehr als die Hälfte seines Gesammtvermögens durch Freigebigkeit inter vivos verfügen kann. Vgl. auch Stubenrauch in der Zeitschr. S. 216. 217. — Der revocirende Notherbe muß sich ausnahmsweise (§. 791) in den Pflichttheil auch jene Schenkungen einrechnen lassen, welche er selbst beim Leben des Erblassers von diesem erhielt (L. 7 C. h. t. 3. 29), weil die Freigebigkeit inter vivos in dieser Beziehung überhaupt wie eine letztwillige Verfügung behandelt wird und der Notherbe nur Anspruch darauf hat, daß er auf die eine oder andere Weise die Hälfte des zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens erhalte. Francke S. 516. 517. Seuffert Note 9a.

11 An der Anwendbarkeit des §. 1487 auf diese Rescissionsklage ist nicht zu zweifeln, da der Notherbe mit derselben die Ergänzung seines Pflichttheils fordert. Die Berechnung des Beginns der Verjährung von der Todeszeit, nicht erst vom Antritt der Erbschaft an, erklärt sich daraus, daß der Anspruch gegen den Beschenkten in jenem Zeitpunkt concret begründet ist (§. 1478). Vgl. auch Glück Bd. 7 S. 176. 177. Francke S. 534. Arndts in R. L. VIII S. 170. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 231.

12 Unrichtig Stubenrauch in der Zeitschr. S. 230. 231. Anders verhält sich dies nach R. R. (Mühlenbruch Bd. 36 S. 127. Arndts S. 170), da die querela inofficiosae donationis desselben der querela inofficiosi testamenti nachgebildet ist.

13 Es sind also nicht etwa alle Schenkungen pro rata zu rescindiren, wie man früher öfters behauptet hat, sondern nur die späteren, da erst durch sie die disponible Vermögenshälfte überschritten wird. Glück Bd. 7 S. 174. Francke S. 513. 514. Bangerow II S. 326. Arndts im R. L. VIII S. 167. Mühlenbruch S. 120.

14 Quoniam scit posse sibi condici. L. 39 D. de m. c. d. 39. 6. System II §. 98 Note 26. (Unrichtig m. E. Francke S. 533.) Über Existenz und Umfang der Bereicherung des Beschenkten vgl. System II. §. 98 Note 15.

15 Bei onerosen Rechtsgeschäften kann eine Rescission nur dann stattfinden, wenn und soweit sie eine Schenkung versteckt enthalten. System II §. 99 Nr. 1. Vgl. Francke §. 46. Arndts im R. L. VIII S. 170. Bangerow II S. 325. Mühlenbruch Bd. 36 S. 133 fg. Schwieriger ist die Frage, ob auch nach österr. Recht eine

querela inofficiosae dotis ſtattfinde, wie nach R. R. (L. un. C. h. t. 3. 30. Glück Bd. 7 S. 181 fg. Francke §. 45. Mühlenbruch Bd. 36 S. 130 fg. Arndts im R. L. VIII S. 170. Pand. §. 597 Note 2): die Löſung dieſer Frage ſetzt die Unterſuchung der rechtlichen Natur der Dos voraus, welche im Syſtem des ehelichen Güterrechts anzuſtellen iſt.

II. Das Erbrecht der aus Irrthum übergangenen Kinder[1].

§. 87.

Notherben in abſteigender Linie, nicht auch Eltern (§. 781)[2], welche der Erblaſſer erweislichermaßen[3] nur aus Unkenntniß ihres Daſeins in ſeiner letzten Willensordnung übergangen hat[a], ſteht dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers gemäß ein weiter gehender Erbanſpruch gegen das Teſtament oder den Erbvertrag (§. 1245) zu (§. 777. 778). Es macht in dieſer Beziehung keinen Unterſchied, ob das übergangene nächſte Kind ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung vorhanden war oder erſt ſpäter hinzugekommen iſt[4]; das übergangene entferntere Kind jedoch, welches nur durch Nachrücken Notherbe wird, tritt an die Stelle des vor dem Erblaſſer verſtorbenen Kindes (§. 779)[5] und hat, falls dieſes enterbt worden war, nur Anſpruch auf den Pflichttheil (§. 780)[6]. Auch der Umſtand, daß der Teſtator hinterher den wahren Sachverhalt erfährt, ändert nichts an den beſonderen Erbanſprüchen der aus Irrthum übergangenen Kinder, es müßte denn der Teſtator nach Beſeitigung ſeines Irrthums ausdrücklich in formgerechter Weiſe erklärt haben, daß er bei ſeiner früher errichteten Willenserklärung durchwegs beharre, in welchem Fall die übergangenen Kinder ſich mit dem Pflichttheil begnügen müſſen[7].

Der Erbanſpruch des aus Irrthum übergangenen Kindes iſt ein verſchiedener, je nachdem der Erblaſſer im Teſtament ſeine übrigen Kinder und zwar mit mehr als dem Pflichttheil[8] bedacht, oder nur dritte Perſonen zu Erben eingeſetzt hat, da anzunehmen iſt, daß der Erblaſſer das irrthümlich übergangene Kind ſeinen übrigen Kindern nicht nachgeſetzt, dritten Perſonen aber jedenfalls vorgezogen hätte[9]. Im erſten Fall hat das übergangene Kind Anſpruch auf denſelben Betrag, welchen das mindeſt bedachte Kind gleichen Grades[10] als Erbe oder Vermächtnißnehmer[11] erhält, und auf einen gleichen An-

[a] Cf. L. 6 pr. L. 27 §. 4 D. de inoff. testam. 5. 2. L. 36 §. 2 D. de test. mil. 29. 1. L. 9. 10 C. eod. 6. 21.

theil, wenn das einzige noch übrige Kind oder alle übrigen Kinder deſſelben Grades zu gleichen Theilen bedacht ſind (§. 777). Dieſer Anſpruch hat die rechtliche Natur des Pflichttheilsanſpruchs: das übergangene Kind kann den ihm gebührenden Antheil in keinem Fall als Erbe fordern[12], ſondern hat immer nur eine perſönliche in drei Jahren verjährende (§. 1487)[13] Forderung auf Entrichtung des entſprechenden Vermögensbetrages, zu welchem in der Regel alle Erben und Legatare im Verhältniß ihrer Antheile zugleich beizutragen haben (§. 783)[14]. Im letzteren Fall dagegen, alſo wenn nur dritte Perſonen in der letzten Willensordnung bedacht ſind, iſt das Teſtament zu Gunſten des übergangenen Kindes ungültig, und zwar nicht nur in Anſehung der Erbeinſetzungen, ſondern ſeinem ganzen vermögensrechtlichen Inhalt nach[15], jedoch mit Ausnahme von Vermächtniſſen zu frommen gemeinnützigen oder remuneratoriſchen Zwecken[16], welche in einem den vierten Theil der reinen Verlaſſenſchaft nicht überſteigenden Betrag verhältnißmäßig herabgemindert aufrecht erhalten werden (§. 778). Das übergangene Kind muß die relative Nichtigkeit des Teſtaments mittelſt einer in drei Jahren verjährenden Nullitätsquerel (§. 1487)[17] geltend machen[b]; iſt es vor dem Erblaſſer verſtorben[c] oder iſt ſein Erbanſpruch ſonſt hinweggefallen oder von ihm nicht zur Geltung gebracht[d], ſo bleibt das Teſtament in Kraft (§. 778)[18].

Anm. [1] Stubenrauch, von der Übergehung der Notherben in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1839 I Nr. 13. 1840 II Nr. 32. Ellinger, einige Bemerkungen über die Anwendung der §§. 776 bis 782, ebda 1840 I Nr. 14.

[2] Dieſe Beſchränkung der Eltern auf den Pflichttheil (§. 781) gilt nicht nur dann, wenn der Erblaſſer von ihrer phyſiſchen Exiſtenz keine Kenntniß hatte, ſondern auch in dem Falle, daß die Eltern erſt durch das nach Errichtung des Teſtaments ſtattfindende Hinwegfallen der Kinder oder näher ſtehender wenngleich bedachter Aſcendenten Notherben in concreto werden. Vgl. A. L. R. II 2 §. 517. 518.

[3] In ſolchen Fällen findet ein ſog. Indicienbeweis ſtatt. Vgl. hierüber Unger in der öſterr. Vierteljahrsſchr. I S. 91 fg.

[4] Dieſe beiden Fälle ſind in §. 778 hervorgehoben. Aber auch für die Anwendung des §. 777 kann es keinen Unterſchied machen, ob das präterirte Kind ſchon bei Errichtung des Teſtaments vorhanden war und der Erblaſſer es irrthümlich für verſtorben hielt, oder ob es erſt nach der Errichtung des Teſtaments geboren wurde

[b] Syſtem II §. 91 Nr. V. [c] cf. L. 12 pr. D. de inj. test. 28. 3. [d] cf. L. 17 D. eod. 28. 3. L. 2 pr. D. de b. p. s. t. 37. 11. Vgl. oben §. 22 Anm. 4.

(Poſtumus in dieſem Sinn, L. 3 §. 1 D. de injust. test. 28. 3), reſp. durch Legitimation oder Adoption (ſog. Quaſipoſtumus, cf. Gaj. II 138. §. 2 I. de exher. liber. 2. 13. §. 1 I. quib. mod. test. 2. 17) als Notherbe hinzukam (Stellen der Note a), da in beiden Fällen gleichmäßig anzunehmen iſt, daß der Erblaſſer anders verfügt hätte, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt oder vorausgeſehen hätte. Übereinſtimmend Herbſt, die Wirkung der Erlangung von Notherben nach errichteter letztwilliger Anordnung, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1843 II Nr. 32 und Stubenrauch II S. 700. Mit Unrecht will Rippel V S. 107. 108 in dieſem Fall den §. 778 analog anwenden; ebenſo Samml. Nr. 207. Die Frage, ob auf ſolche Fälle die Vorſchrift des §. 777 unmittelbar oder nur mittelſt Analogie anwendbar ſei, iſt für das praktiſche Reſultat gleichgültig, immerhin aber in letzterem Sinn zu entſcheiden, da zwar von einer Präterition unzweifelhaft auch in Anſehung eines Poſtumus die Rede ſein kann, aus §. 778 jedoch hervorgeht, daß das Geſetzb. unter dem „Daſein" des Notherben nur das gegenwärtige, nicht das ſpätere, verſteht. — Das entſcheidende Moment iſt die Unbekanntſchaft mit der Exiſtenz des Notherben als ſolchen, alſo nicht nur die Unkenntniß der phyſiſchen Exiſtenz, ſondern auch die Unkenntniß der concreten Notherbenqualität einer beſtimmten Perſon. Hat ſonach der Erblaſſer zwar Kenntniß von der Exiſtenz des A, weiß er aber nicht, daß dieſer A ſein Kind oder mittelſt nachgefolgter Ehe ſein ehelicher Enkel iſt, ſo kömmt die Vorſchrift des §. 777 reſp. §. 778 zur Anwendung, es müßte denn aus den Umſtänden hervorgehen, daß der Erblaſſer ſelbſt bei Kenntniß des wahren Sachverhalts doch nicht anders verfügt hätte. Z. B. der Erblaſſer hat aus Rechtsunkenntniß die Ehelichkeit eines Kindes innerhalb der geſetzlichen Friſt nicht beſtritten und daſſelbe in Übereinſtimmung mit ſeiner Gattin ſtets als ein uneheliches, ihm fremdes behandelt. A. M. zum Theil Stubenrauch in der Zeitſchr. 1839 I S. 206 fg. 1840 II S. 74. 75. Comment. II S. 690; dagegen auch Füger, Erbr. III S. 167 fg.

[5] Soweit es ſich hiebei um ein im Teſtament des Erblaſſers bedachtes Kind handelt, mag den Verfaſſern des bürg. Geſetzb. immerhin die ſog. transmissio Theodosiana (L. un. C. de his qui ante 6. 52. L. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51), deren eigentliches Weſen aber freilich ſo überaus ſtreitig iſt (Arndts §. 514), ſo wie die Beſtimmung des A. L. R. II 2 §. 443 („Iſt aber ein im Teſtament eingeſetztes Kind vor dem Erblaſſer verſtorben, ſo treten deſſen Abkömmlinge ganz an ſeine Stelle, wenn auch ihrer im Teſtamente nicht ausdrücklich gedacht wäre") vorgeſchwebt haben. Winiwarter III S. 358 fg. Stubenrauch in der Zeitſchr. 1839 I S. 226 fg. 238. Comment. II S. 704 fg. Ellinger zu §. 779. Vgl. auch Kompaß im Juriſt. Bd. 7 S. 327 fg. Mit Unrecht beſchränken jedoch dieſe Schriftſteller die allgemein lautende Anordnung des §. 779 auf den Fall der Honorirung des nächſtſtehenden Kindes. Vgl. dagegen auch Fuchs im Juriſt. Bd. 6 S. 219 fg. 241 fg. Der leitende Gedanke iſt vielmehr überhaupt die durchgreifende Annahme, daß der Erblaſſer den entfernteren Deſcendenten, wenn er ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung Notherbe in concreto geweſen wäre, nicht ſchlechter und nicht beſſer behandelt hätte als den näherſtehenden Abkömmling. Hienach hat der nachrückende Notherbe, wenn ſein Parens wiſſentlich mit Stillſchweigen übergangen worden war, gleichfalls nicht mehr als den Pflichttheil zu fordern (§. 776), der Erblaſſer mag von ſeiner Exiſtenz Kenntniß gehabt haben oder nicht (a. M. Winiwarter III

S. 359). Dafür spricht sowohl die allgemeine Fassung des §. 779, als die Erwägung, daß es sich bei der stillschweigenden Übergehung doch nicht anders verhalten kann, als wenn das vorberechtigte Kind ausdrücklich auf den Pflichttheil oder etwa noch weniger wäre eingesetzt worden und daß sich überhaupt die Unkenntniß des Erblassers in allen Fällen der §§. 779. 780 gleichmäßig auf das Hinaufrücken entfernterer Descendenten in die Stelle der nächsten Notherben, nicht auf die Existenz derselben, bezieht. Anders muß es sich jedoch verhalten, wenn das nächstberechtigte Kind aus Irrthum übergangen wurde: hier kann der entferntere Descendent, der durch Nachrücken Notherbe geworden ist, nicht aus der Person seines Parens die Erbansprüche der §§. 777. 778 erheben, da der Erblasser, der von seiner Existenz Kenntniß hatte und ihn trotz der irrigen Annahme, daß der nähere Descendent verstorben sei, dennoch nicht bedacht hat, eben damit seinen Willen zu erkennen gegeben hat, daß er nicht mehr als den Pflichttheil haben solle. Vgl. auch Winiwarter III S. 359. Stubenrauch II S. 709. A. M. Zeiller II S. 795. 796. Rippel V S. 109. Fuchs S. 245 fg. — Die Anordnung des §. 779 muß wohl auch dann gelten, wenn das bedachte vorverstorbene Kind sich hinterher des Erbrechts „unwürdig" gemacht hatte (§. 540. 542); arg. §. 541, welcher § also nicht, wie man gewöhnlich annimmt (Zeiller II S. 397. Stubenrauch II S. 265), bloß auf die Fälle der Intestaterbfolge zu beziehen ist. A. M. aus unzureichenden Gründen Winiwarter III S. 361.

m analog. s. 780

[6] Die Vorschrift des §. 780 ist nicht nur nicht, wie Rippel V S. 110 fg. will (dem Füger, Erbr. III S. 151 fg. beistimmt), auf den unrechtmäßig Enterbten zu beschränken, sondern sie gilt recht eigentlich für den rechtmäßig Enterbten, da für jenen im Grunde schon durch die Vorschrift des §. 779 gesorgt ist. Vgl. Stubenrauch in der Zeitschr. 1839 I S. 230 fg. Comment. II S. 706. 707. Winiwarter III S. 362. Fuchs S. 249 fg. Ellinger zu §. 780. Für den Fall nemlich, daß ein rechtmäßig enterbtes Kind vor dem Erblasser verstorben ist und nunmehr dessen Nachkomme durch Nachrücken die Eigenschaft eines concreten Notherben erlangt, entstand die Frage, ob dem Nachkommen eines solchen rechtmäßig Enterbten überhaupt ein Erbanspruch zu gewähren sei und welcher? Vgl. Zeiller II S. 797. Die erste Frage mußte man im Einklang mit §. 541 bejahend beantworten: in Ansehung des Quantums aber wurde der Übergangene durchwegs auf den Pflichttheil beschränkt, der Erblasser mag von seiner Existenz Kenntniß gehabt haben oder nicht. — Der §. 780 spricht zwar nur von „ausdrücklich" enterbten Kindern, es ist jedoch gar kein Grund vorhanden, warum sich dies im Fall stillschweigender Enterbung (§. 782) anders verhalten sollte: auch die Kinder stillschweigend rechtmäßig Enterbter haben den Pflichttheil zu fordern, wenn ihr rechtmäßig enterbter Parens vor dem Erblasser verstorben ist. Vgl. auch Winiwarter III S. 362. Stubenrauch in der Ztschr. 1839 I S. 234 fg. Comment. II S. 707 fg. Fuchs S. 250. (Die entgegengesetzte Ansicht Rippel's V S. 109. 110 und Füger's, Erbr. III S. 151 fg. 154 fg. hängt mit ihrer irrigen Grundauffassung des § 780 zusammen.) Das Wort „ausdrücklich" in §. 780 erscheint hienach als überflüssig und zwar als durchaus überflüssig, denn die Unterscheidung, welche Stubenrauch zwischen den Descendenten ausdrücklich und stillschweigend Enterbter im Fall der Eröffnung der Intestaterbfolge statuiren will, scheint mir nicht minder verkünstelt und unhaltbar, als die Behauptung Winiwar-

ter's, daß die Deſcendenten ſtillſchweigend Enterbter unter Umſtänden (§. 777. 778) auf mehr als auf den Pflichttheil Anſpruch haben können. — Hiernach iſt das Verhältniß der beiden §§. 779. 780 zu einander und überhaupt die ganze Sachlage in dieſer Beziehung ſehr einfach. Aus Irrthum übergangene Deſcendenten, welche unmittelbar Notherben ſind oder werden, haben die Erbanſprüche aus den §§. 777. 778; übergangene Deſcendenten, welche erſt mittelbar durch Nachrücken Notherben in concreto werden, treten in die concreten Erbanſprüche ihrer Vormänner aus dem Teſtament reſp. gegen daſſelbe ein (§. 779); ſofern dieſen aber als rechtmäßig Enterbten ein ſolcher nicht zuſteht, ſteht jenen nur ein Anſpruch auf den Pflichttheil zu (§. 780).

[7] Vgl. auch Keller Pand. §. 494. Ebenſo entſcheidet das R. R. bei Soldatenteſtamenten, bei welchen in der wiſſentlichen Übergehung des Notherben eine ſtillſchweigende Exheredation liegt (§. 6 I. de exher. liber. 2. 13. L. 7. 8 D. de test. mil. 29. 1. Mühlenbruch Bd. 42 S. 77 fg.), während im Fall irrthümlicher Übergehung das Teſtament nichtig iſt reſp. rumpirt wird (Stellen der Note a). L. 9 pr. D. eod. 29. 1. Idemque erit dicendum (sc. testamentum non rumpitur), et si nato filio vivo se maluit eodem testamento durante decedere. Nam videtur jure militari refecisse testamentum. cf. L. 33 §. 2 eod. Es bedarf alſo einer beſonderen Erklärung, einer Genehmigung des früheren Teſtaments, wenn dieſes durch die Geburt des Poſtumus nicht rumpirt werden ſoll. Auch in der L. 3 C. de inoff. test. 3. 28 wird für den Fall, daß die Erblaſſerin ihren Irrthum rechtzeitig erfährt und ihr Teſtament dennoch nicht ändert, der Erbanſpruch des übergangenen Kindes nicht eingeſchränkt, ſondern vielmehr erweitert. Vgl. Mühlenbruch Bd. 35 S. 391 fg. Francke, Recht der Notherben S. 309. 310. (Ähnlich im preuß. Landr. II 2 §. 450. 451, hier jedoch freilich in unpaſſender Weiſe, vgl. Koch II §. 863 Note 7.) Ganz unhaltbar iſt hiernach die entgegengeſetzte Behauptung Ellinger's in der Anm. 1 angef. Abhandl., daß das übergangene Kind nur den Pflichttheil zu fordern habe, wenn der Erblaſſer hinterher ſeinen Irrthum erfährt und das frühere Teſtament nicht ändert, ſo daß alſo in dem Schweigen des Erblaſſers eine Beſchränkung auf den Pflichttheil liegen würde. Dagegen auch Stubenrauch in der Zeitſchr. 1840 II S. 79 fg. Comment. II S. 700 fg. Winiwarter III S. 356. 357. Herbſt in der Zeitſchr. 1840 II S. 172. 173. Füger, Erbr. III S. 173. 174.

[8] Der beſondere Erbanſpruch des aus Irrthum übergangenen Kindes beruht ja eben auf der Annahme, daß der Erblaſſer, wenn er von deſſen Exiſtenz Kenntniß gehabt hätte, ihm mehr als den Pflichttheil zugewendet haben würde (§. 777), während die Beſchränkung eines Kindes auf den Pflichttheil immer von ganz individuellen Umſtänden abhängt. Sind daher mehrere Kinder im Teſtament bedacht und iſt eines derſelben auf den Pflichttheil oder noch weniger eingeſetzt, ſo hat das übergangene Kind nicht bloß den Pflichttheil, ſondern einen Theil zu fordern, wie ihn eines der „begünſtigten" Kinder erhält (§. 777), für „begünſtigt" aber kann man doch gewiß das auf den Pflichttheil geſetzte Kind nicht anſehen, da dieſes eben nur erhält, was es ohnehin bekommen muß. A. M. Scheidlein §. 82. Rippel V S. 102. Stubenrauch in der Zeitſchr. 1840 II S. 90 fg. Comment. II S. 694. Ellinger zu §. 777. Füger, Erbr. III S. 171, welche das irrthümlich präterirte Kind ſogar dann auf den Pflichttheil beſchränken wollen, wenn eines der übrigen Kinder widerrechtlich enterbt oder wiſſentlich übergangen, alſo gar nicht bedacht

wurde! Sind dagegen die übrigen Kinder alle neben einem Dritten auf den Pflichttheil gesetzt, so kann das übergangene Kind das Testament entkräften (§. 778) und die Intestaterbfolge herbeiführen, wobei jedoch die auf den Pflichttheil gesetzten Kinder nicht ihre ganze Intestatportion, sondern nur die Hälfte derselben (§. 765) erlangen, da der bestimmte Wille des Erblassers, sie auf den Pflichttheil zu beschränken, in Erfüllung gebracht werden muß. Vgl. oben §. 82 Anm. 1. Auch der oberste Gerichtshof hat in einem Fall von der letzteren Beschaffenheit entschieden, daß die Anordnung des §. 778 in Anwendung zu kommen habe (Samml. Nr. 267), jedoch aus Gründen, die gewiß nicht die richtigen sind. (Im preuß. Landr. II 2 §. 446 ist allerdings die entgegengesetzte Bestimmung enthalten, allein die Sachlage ist dort in wesentlichen Stücken eine andere.)

[9] Dieselbe naturgemäße Unterscheidung liegt der L. 3 C. de inoff. test. 3. 28 zu Grunde: es kommt darauf an, ob die Mutter ihre übrigen Kinder oder Fremde einsetzte: im ersteren Fall filio perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset, im zweiten Fall sin autem heredes scripti extranei erant, tunc de inofficioso testamento actionem instituere non prohibetur. Mühlenbruch Bd. 35 S. 391 fg. Es ist derselbe Gedanke, daß der Erblasser seine nächsten Verwandten dritten Personen vorzieht, der sich auch sonst geltend macht (ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere L. 30 C. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 102 D. de cond. 35. 1 vgl. §. 617. §. 628), und der auf gemeinrechtlichem Gebiet zu der Entscheidung führt, daß die Hinzufügung der Codicillarclausel zum Schutz der testamentarischen Verfügungen im Fall der Verletzung der Vorschriften der Nov. 115 unwirksam sei, wenn ein Notherbe aus Irrthum übergangen war (vgl. Francke, Recht der Notherben §. 33. Arndts im R. L. VIII S. 154). — Das bürg. Gesetzb. stellt jedoch das entscheidende Prinzip nicht klar und scharf hin, sondern legt das Gewicht darauf, ob der Erblasser mehrere Kinder (§. 777) oder ein einziges habe (§. 778), wobei freilich so viel richtig ist, daß im letzteren Fall dem präterirten Kinde nur dritte Personen vorgezogen sein können. Mit Recht nimmt man daher allgemein an (so schon Zeiller II S. 792. 794, vgl. auch Mühlenbruch Bd. 38 S. 58 Note 34), daß die Vorschrift des §. 778 auch dann zur Geltung kommen müsse, wenn der Erblasser seine Kinder alle aus Irrthum präterirt hat, sei es weil er sie für todt hielt oder weil sie erst später geboren wurden: sie muß aber auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Erblasser von zwei Kindern, die er hat, das eine aus Irrthum präterirt, das andere enterbt oder wissentlich übergangen oder auf den Pflichttheil beschränkt hat. Anm. 9. Hat dagegen der Erblasser neben einem Kinde einen Dritten zum Erben eingesetzt und ist jenes später hinweggefallen, so kann das präterirte Kind, obwohl es nunmehr das einzige ist, dennoch nur einen solchen Theil, wie er dem eingesetzten Kinde zugedacht war, in Anspruch nehmen (§. 777), da überhaupt, wenn neben Kindern Fremde eingesetzt sind, der Wille des Erblassers, nicht bloß von seinen Kindern beerbt zu werden, bestimmt ausgesprochen ist und die Lage des präterirten Kindes durch den zufälligen früheren Tod des bedachten Kindes im Prinzip nicht eine andere werden kann. Vgl. Stubenrauch II S. 698 und in der Zeitschr. 1840 II S. 97. A. M. Füger, Ehr. III S. 172. 173.

[10] Nach der Natur des Verhältnisses ist anzunehmen, daß der Erblasser das irrthümlich übergangene Kind wie ein anderes ihm gleich nahe stehendes bedacht hätte. Es sind aber auch hier entferntere Descendenten, welche statt ihres vorverstorbenen Parens bedacht sind, als Repräsentanten desselben zu betrachten, so daß aus ihren Kopftheilen der Stammtheil zu ermitteln ist, der auf jenen gefallen wäre, und umgekehrt ist auch der übergangene Enkel als Repräsentant des vorverstorbenen Sohnes zu betrachten, wenn im Testament andere Kinder bedacht sind. Ist also im Testament der Sohn A auf $\frac{2}{3}$, und jeder der beiden Enkel des vorverstorbenen Sohnes B auf $\frac{1}{6}$ eingesetzt, so hat der irrthümlich übergangene Sohn C auf $\frac{1}{3}$ resp. $\frac{1}{4}$ des Nachlasses Anspruch; ist das übergangene Kind ein Enkel des Erblassers und sind Kinder des ersten (oder des ersten und zweiten) Grades eingesetzt, so ist gleichfalls die Berechnung nach Sohnestheilen vorzunehmen; ist ein Enkel übergangen und das Vermögen den übrigen Enkeln nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen zugewendet worden, so hat jener auf eine Portion des Stammes Anspruch, dem er angehört, und ist letzteres nicht der Fall, auf einen Stammestheil. In diesem Sinn mag man sich immerhin zur Ermittlung der dem übergangenen Kinde gebührenden Portion auf §. 559 berufen; vgl. Nippel V S. 98. 99, dem Füger, Erbr. III S. 171. 172 beistimmt. Zum Theil a. M. Stubenrauch in der Zeitschr. 1840 II S. 89 fg. Comment. II S. 693. 694. — Schwieriger ist die Entscheidung, wenn der Erblasser die Descendenten jenes Kindes bedacht hat, welches er irrthümlich für todt hielt.

[11] Unter „Erbtheil" kann wie sonst so auch hier (§. 777) ein Theil des Erbvermögens, aliquoter wie aliquanter, verstanden werden (§. 2 Anm. 2 §. 35 Anm. 11), obgleich nicht zu verkennen ist, daß die Verfasser des bürg. Gesetzb. bei der Abfassung des §. 777 den Fall vor Augen hatten, daß die übrigen Kinder zu Erben eingesetzt sind. Nippel V S. 102 fg. Stubenrauch in der Zeitschr. 1840 II S. 92 fg. Comment. II S. 695. Ellinger zu §. 777 gegen Winiwarter III S. 354. 355. Über die Rechnungsmethode zur Ermittlung des dem Präterirten gebührenden Antheils vgl. Winiwarter III S. 354. Stubenrauch II S. 695. 696.

[12] Das übergangene Kind wächst den zu Erben eingesetzten Kindern nicht als Miterbe zu (a. M. Zeiller II S. 793), wie dies allerdings nach L. 3 C. de inoff. test. 3. 28 der Fall ist (ac si omnes filios heredes instituisset) und im älteren R. R. stattfand, wenn ein Enkel oder eine Tochter präterirt waren (Ulp. XXII. 17. Gaj. II 123. 124. pr. I. de exher. lib. 2. 13. Bluntschli, Erbfolge S. 36 fg. Schmidt, das formelle Recht S. 22 fg. Arndts im R. L. VIII S. 82). Das übergangene Kind hat vielmehr immer nur einen persönlichen Anspruch, der zwar größer, aber von nicht anderer Beschaffenheit ist, als der Pflichttheilsanspruch: der Übergangene ist nicht schuldig, „sich mit dem Pflichttheile zu begnügen", sondern er kann einen größeren Erbtheil „verlangen." Auch im preuß. Landr. II 2 §. 444 fg., welches dem bürg. Gesetzb. in dieser Materie so vielfach zum Vorbild gedient hat, ist die Stellung des Präterirten nicht die eines accrescirenden Testamentserben und wird daher (§. 447) von der „Abfindung des Übergangenen" gesprochen. (Dies übersieht Koch II §. 863.)

[13] Der §. 1487 spricht zwar nur von der Forderung des Pflichttheils resp. der Ergänzung desselben: da jedoch der Anspruch des irrthümlich Präterirten nur eine

Erweiterung des Anspruchs des wissentlich Präterirten ist und dieselbe rechtliche Natur hat, so wird er wohl auch der kürzeren Verjährungsfrist des §. 1487 unterworfen sein. Derselben Ansicht, jedoch aus anderen Gründen, sind Rippel IX S. 111. 112. Scheidlein, Misc. V S. 119. Stubenrauch III S. 744 Note †††. A. M. Winiwarter V S. 235. Pachmann, die Verjähr. S. 46. 54 Note 33.

[14] Für die Anwendung des §. 783 in diesem Fall spricht nicht nur seine Stellung und vielleicht selbst seine Fassung (vgl. auch Stubenrauch in der Zeitschr. 1840 II S. 95. Comment. II S. 715 und Ellinger zu §. 783 gegen Winiwarter III S. 365. 366. 368, der gleich Czada, Abh. S. 197 fg. und Zeiller II S. 793 in diesem Fall die Vorschrift des §. 558 anwenden will), sondern auch die ausdrückliche gleichlautende Vorschrift des A. L. R. II 2 §. 447. Auch rechtfertigt sich hier die proportionelle Herabminderung der Legate vollkommen, da man immerhin annehmen kann, daß der Erblasser die Erben minder belastet hätte, wenn er die Schmälerung ihres Erbtheils durch den Präterirten vorausgesehen hätte. Durch die Anordnung des §. 777 kann es aber in manchen Fällen freilich dahin kommen, daß der Präterirte mehr erhalten würde, als der Instituirte, z. B. wenn das einzige noch übrige Kind zum Universalerben eingesetzt und mit Legaten beschwert war, und nunmehr das präterirte Kind die Hälfte der Erbschaft anspricht: verlangt es in solchen Fällen nicht die Billigkeit, mit gleichem Maß zu messen und das präterirte Kind auch nicht günstiger zu stellen als das instituirte Kind? (Ähnliche Anomalien konnten schon nach R. R. bei dem alten Accrescenzrecht der präterirten Töchter und Enkel entstehen. Paul. R. S. III 4 B §. 8. Vgl. Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen S. 39 fg. Mühlenbruch Bd. 36 S. 341 fg.) Der zur Abfindung des Präterirten proportionell beitragende Notherbe muß natürlich seinen Pflichttheil ungeschmälert behalten. Eine Ausnahme von der Regel, daß sämmtliche Erben beitragen müssen, wird aber doch wohl eintreten müssen, wenn der Erblasser sein Vermögen unter seine sämmtlichen Enkel nach Stämmen vertheilte und einen derselben irrthümlich überging: hier werden doch wohl nur die zu demselben Stamme gehörenden Enkel contribuiren müssen, wie denn auch der präterirte Enkel nur auf eine solche Portion seines Stammtheils Anspruch hat. Anm. 10.

[15] Diese Bestimmung ist im allgemeinen nur zu billigen, da man in der That „vermuthen muß, daß der Erblasser, wenn er bei Errichtung des letzten Willens sich der Nachkommenschaft bewußt gewesen wäre, nicht so viele oder nicht so beträchtliche Legate angeordnet haben würde." Zeiller II S. 795. Daher gilt die Vorschrift des §. 778 auch in dem Fall, wenn der Erblasser in gleichem Irrthum befangen über sein Vermögen nur durch Anordnung von Vermächtnissen zu Gunsten dritter Personen verfügt, es also bei der Intestaterbfolge belassen hätte. A. M. Zeiller II S. 791 und Scheidlein §. 36: mit Unrecht: wie kann man sagen, der Notherbe sei stillschweigend zur gesetzlichen Erbfolge berufen, wenn der Erblasser von seiner Existenz keine Kenntniß hatte? Unrichtig ist die gewöhnlich aufgestellte Behauptung (z. B. Ellinger zu §. 778), daß die Vorschrift des §. 778, soweit sie sich auf das „Erhalten eines Notherben" beziehe, den Bestimmungen des R. R. über das testamentum ruptum agnatione (vel quasi) postumi (vel quasi) nachgebildet sei, so daß es auf den Irrthum des Erblassers nicht weiter ankomme: die Vorschrift des R. R. ist eine bloße Formvorschrift, während im österr. Recht der wahre Wille des

Erblaſſers gegen ſeine eigene Erklärung zur Geltung gebracht werden ſoll. (Im R. R. iſt überdies die Frage über den Einfluß des Irrthums in Anſehung der Exiſtenz von Notherben auf die angeordneten Legate ſowohl in Anſehung des alten Rechts der querela inofficiosi (L. 6 pr. L. 27 §. 4. L. 28 D. h. t. 5. 2. cf. L. 92 D. de her. inst. 28. 5. L. 25 pr. D. de lib. et post. 28. 2. L. 3 C. de inoff. test. 3. 28. Bluntſchli S. 194. 195. Francke, Recht der Notherben S. 309 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 380 fg.] als des neuen Rechts der Novelle 115 [vgl. Mühlenbruch Bd. 37 S. 349 fg. Arndts im R. L. VIII S. 154] ſtreitig.) — Ungenau iſt die Ausdrucksweiſe des §. 778, daß „alle übrigen Anordnungen des letzten Willens gänzlich entkräftet werden“: warum ſollten die in dem relativ nichtigen Teſtament enthaltenen Anordnungen über Begräbniß, Errichtung von Denkmälern und andere derartige Auflagen ungültig ſein? Ferner iſt es ſehr fraglich, ob es nicht zweckmäßig geweſen wäre, die in dem relativ nichtigen Teſtamente zu Gunſten gewiſſer nachſtehender Perſonen (conjunctae personae) angeordneten Legate in ähnlicher Art bis zu einem gewiſſen Maß aufrecht zu erhalten, wie es nach R. R. bei der bonorum possessio contra tabulas durch das edictum de legatis praestandis der Fall war (D. h. t. 37. 5. Bluntſchli S. 90 fg. Francke §. 13. Vangerow II §. 472 Nr. IV 3. Schmidt S. 126 fg. 131 fg.). Und läßt es ſich rechtfertigen, daß auch das angeordnete legatum dotis als legatum debiti (§. 669. 665) ſo ohne weiters beſeitigt wird? (Vgl. dagegen L. 1 pr. L. 8 §. 3 sq. D. cit. 37. 5. Schmidt S. 133. 134.)

[16] Gegen die Behauptung Rippel's V S. 108, daß zu den begünſtigten Vermächtniſſen auch das Alimentenlegat (§. 672. 691) zu rechnen ſei, haben ſich die meiſten Schriftſteller mit Recht erklärt. Winiwarter III S. 357. Stubenrauch II S. 697 und in der Zeitſchr. 1840 II S. 99. Herbſt ebda 1843 II S. 169 fg.

[17] Syſtem II §. 91 Note 50. Dieſe Nullitätsquerel, womit der Präterirte ein eigenes Recht geltend macht, kann nach Ablauf von drei Jahren, die von der Adition des Teſtamentserben, reſp. von der abgelaufenen Erklärungsfriſt (wenn jedoch die letzte Anordnung bloß Legate enthält, von der Zeit ihrer Publikation) an zu rechnen ſind, weder im Weg der Klage noch im Weg der Einrede geltend gemacht werden. Vgl. Syſtem II §. 125 Note 46. 46a. Windſcheid, Pandekt. §. 112. (Über die ſtreitige Frage, ob nach röm. Recht die Inofficioſitätsquerel noch nach Ablauf von fünf Jahren per modum exceptionis geltend gemacht werden konnte [L. 8 §. 13 D. h. t. 5. 2], vgl. außer den Syſtem II §. 125 Note 46 angeführten Schriftſtellern auch noch Francke S. 314 und Unterholzner, Verjährungslehre II §. 159, welche dieſelbe bejahen.) In legislativer Hinſicht zu billigen iſt jene, Prozeſſe gerade provocirende, Behandlungsweiſe ſicher nicht (vgl. Unger, der revidirte ſächſ. Entw. 1861 S. 24), am wenigſten den Legataren gegenüber. — Für unanwendbar hält Pachmann, die Verjähr. S. 46. 54 Note 34 die Vorſchrift des §. 1487 im Fall des §. 778. Ebenſo Winiwarter V S. 232. 235. — Daß die Nullitätsquerel auch dem Erben des Notherben zuſtehe, verſteht ſich von ſelbſt. Über die Wirkung des im Prozeß gegen die Teſtamentserben erſtrittenen Urtheils gegen die Legatare vgl. §. 53 Anm. 7.

[18] Dieß iſt eine nothwendige und zweckmäßige Folge der ſog. relativen Nullität des Teſtaments. Syſtem II S. 152. 153. Vgl. auch Stubenrauch in der Zeitſchr.

1840 II S. 99 fg. Comment. II S. 703. 704, der (gegen Scheidlein §. 31) mit Recht hervorhebt, daß das bloße Vorhandenſein einer Enterbungsurſache (§. 768) den aus Irrthum präterirten Notherben nicht hindern kann, das Teſtament als nichtig zu behandeln (§. 778). In ähnlicher Weiſe verhält es ſich nach dem Recht der Novelle 115, wenn man dem ſog. Syſtem der relativen Nullität huldigt (Bluntſchli §. 25. Francke §. 29. 30. Arndts im R. L. VIII S. 106 fg. 148 fg. Pandekt. §. 599), während es bei dem ſog. Syſtem der abſoluten Nullität (Vangerow II §. 485. Keller §. 521. Schmidt, das formelle Recht S. 172 fg. 176 fg.) anders ſteht, und wieder anders bei dem ſog. Inofficioſitätsſyſtem (Brinz §. 174. Köppen, Syſtem S. 151 fg.). Über den vielbeſtrittenen Fall des R. R., wenn der präterirte suus jam natus (im Unterſchied vom postumus) vor dem Teſtator verſtarb, vgl. Leiſt die B. P. II 1 S. 277 fg. 288 fg. Vangerow II §. 473. — Ungenau iſt die Ausdrucksweiſe des §. 778, daß die letztwilligen Anordnungen durch den früheren Tod des Präterirten „wieder ihre Kraft erlangen“: ſie hatten ſie noch gar nicht verloren, ſondern es war bloß die rechtliche Möglichkeit dieſes Verluſtes begründet. Syſtem II §. 91 Note 64 a. Nicht minder ungenau iſt es, wenn es in §. 778 kategoriſch heißt: die Anordnungen „werden entkräftet“, da ſie nur entkräftet werden, wenn der Präterirte dies will. Das Teſtament des paterfamilias wurde freilich nach röm. Civilrecht agnatione postumi ipso jure rumpirt: allein ganz abgeſehen davon, daß das öſterr. Recht nicht auf dieſer formellen Baſis ſteht (Anm. 15), „convaleſcirte“ ein ſolches Teſtament ſelbſt nach R. R. durch den früheren Tod des Poſtumus nicht, da der Prätor überhaupt das civilrechtlich wegen Verletzung jener Formvorſchrift nichtige Teſtament dennoch als gültig behandelte und B. P. (contra reſp.) secundum tabulas daraus gab (L. 2 pr. D. de b. p. s. t. 37. 11), die nur dadurch zu einer B. P. s. t. cum re wurde, daß der Poſtumus früher verſtorben war und kein Anderer gegen das Teſtament ſollte aufkommen können. L. 12 pr. cit. (Note c). Leiſt II 1 S. 285 fg. Das öſterr. Recht folgt paſſender Weiſe dem richtigen Gedanken bei der prätoriſchen B. P. contra tabulas, wonach es in Anſehung der Präterition nur auf die Todeszeit des Erblaſſers ankommt. Schmidt S. 65 fg.

Zweiter Abſchnitt.

Die beſondere Erbfolge.

I. Die Erbfolge in den Nachlaß von Geiſtlichen[1].

§. 88.

Eine von der gemeinen Erbfolge abweichende Inteſtaterbfolge findet in Anſehung des Nachlaſſes katholiſcher[2] Weltgeiſtlicher[3] ſtatt (§. 761)[a]. Das Erbvermögen derſelben wird in der Regel[4], zur Vermeidung der ſchwierigen Auseinanderſetzung des Vermögens nach ſeinem kirchlichen und bürgerlichen Urſprung und in Übereinſtimmung mit dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers, in drei Theile getheilt und davon, falls der Verſtorbene bei einer Kirche bleibend angeſtellt war, dieſer[5] ein Drittel, den Armen[6] ein Drittel und den Verwandten des Erblaſſers (nach Recht und Ordnung der gemeinen Inteſtaterbfolge) ein Drittel zugewieſen (Hfdkrt 18. Juli 1772 Michel II Nr. 1129. Hfkzldkrt 6. Jänn. 1792 Michel II Nr. 1131); war jenes nicht der Fall, ſo erhalten die Verwandten zwei Drittel und die Armen des Sterbeorts ein Drittel (Hfdkrt 27. Nov. 1807 Michel II Nr. 1130); ſind die Verwandten ſelbſt arm, ſo können ſie auch auf das Armendrittel Anſpruch machen (Hfkzldkrt 6. Jänn. 1792. Hfdkrt 23. Aug. 1799 Michel II Nr. 1132)[7]; in Ermangelung von Verwandten fällt das betreffende Drittel als erblos (unten §. 90) an den Fiscus (Hfdkrt 18. Juli 1772 §. 3). Dieſe Drittelung findet auch dann ſtatt, wenn der verſtorbene Geiſtliche aus einer früheren Ehe Kinder hinterlaſſen hat[8].

Anm. [1] Helfert, von dem Kirchenvermögen (1834) Bd. 2 S. 271 fg. (vgl. auch S. 253 fg.). Stubenrauch II S. 638 fg. Füger III S. 85 fg.

[2] In Anſehung des Nachlaſſes der Geiſtlichen anderer Confeſſionen findet die gemeine geſetzliche Erbfolge ſtatt. Helfert §. 101. Die Inteſtaterbfolge in den Nachlaß eines griechiſch-unirten Clerikers wird auf die im Text angegebene beſondere Weiſe geregelt, den Fall ausgenommen, daß ein ſolcher Pfarrer eine Gattin oder Kinder hinterläßt, in welchem Fall die gemeine geſetzliche Erbfolge ſtattfindet.

[a] Vgl. Kundmachungspat. v. 29. Nov. 1852 und v. 29. Mai 1853 Art. VII Abſ. 3 lit. c.

Hfkzldkrt v. 14. Juni 1843 (Michel II Nr. 1135). Helfert §. 98 Nr. 2. Stubenrauch II S. 643 lit. f.

[3] Es wurde bereits oben (§. 3 Anm. 2) hervorgehoben, daß nach österr. Recht auch Ordensgeistliche in Ansehung des Vermögens, welches sie vor dem Eintritt in das Kloster hatten und welches nur ihrer freien Verfügung entzogen wird (§. 182 Ges. v. 9. Aug. 1854), beerbt werden können. Darüber, daß hieran auch durch das (seither gekündete) Concordat nichts geändert wurde, vgl. jetzt auch Pachmann, Kirchenrecht 3. Aufl. (1863) I S. 401, der (§. 162 Note g) auch mit der oben §. 5 Anm. 8 ausgesprochenen Ansicht übereinstimmt. Der sonstige Nachlaß eines Ordensgeistlichen (auch eines Feldcaplans) wird vom Kloster eingezogen. Helfert §. 99. Stubenrauch II S. 641 lit. b. Über die Testirfähigkeit und die Beerbung eines ab intestato verstorbenen Mitgliedes des deutschen Ordens vgl. §. 12. 13 des Pat. v. 28. Juni 1840 (Michel II Nr. 1008). Stubenrauch II S. 642 lit. d. Über die regelmäßige Intestaterbfolge in den Nachlaß von Exreligiosen vgl. Helfert §. 100. Stubenrauch II S. 642 lit. c.

[4] Diese Regel gilt natürlich auch in Ansehung des Erbtheiles, über welchen der Weltgeistliche nicht letztwillig verfügt hat. Hfdkrt 12. Juni 1789. Helfert §. 97. Eine Ausnahme findet statt in Ansehung des Nachlasses eines weltgeistlichen Feldcaplans: dieser fällt nach gemeiner Erbfolgeordnung den Verwandten allein und in deren Ermangelung dem Invalidenfond zu. Hfkrgsr. Circul. v. 20. Febr. 1779. Hfkrgsr. Verordn. 9. Juli 1798. Helfert §. 98 Nr. 1. Stubenrauch II S. 641.

[5] Das Kirchendrittel gebührt der Kirche, bei welcher der Geistliche zuletzt angestellt war, mag er gleich anderswo oder im Ruhestand gestorben sein. Hfdkrt 6. Jänner 1792. Michel II Nr. 1131. War der Geistliche zuletzt bei einer Kirche angestellt, welche Filialen hat, und stehen Mutterkirche und Filialen unter verschiedenen Patronaten, so ist das Kirchendrittel nach dem Verhältniß der Seelenanzahl unter diese Kirchen zu vertheilen. Hfdkrt 27. Nov. 1807. Michel II Nr. 1130. Vgl. über einige Details Helfert §. 93. Pachmann, Kirchenr. III §. 619.

[6] Das Armendrittel gebührt dem Armeninstitut jenes Ortes, wohin das Kirchendrittel gehört und ist eventuell (Anm. 5) gleichermaßen zu vertheilen. Hfdkrt 27. Nov. 1807. Helfert §. 94.

[7] „Von der in dem Hfkzldkrt v. 6. Jän. 1792 sub b enthaltenen Bestimmung, nach welcher, wenn unter den Verwandten eines bei einer Kirche bepfründeten, ohne letztwillige Anordnung verstorbenen Geistlichen auch vermögliche begriffen sein sollten, das Drittel der Verlassenschaft mit Ausschluß der nicht bedürftigen Blutsverwandten nur allein den in wahrer Armuth Lebenden zukommen soll, hat es abzukommen und ist sonach einem armen Verwandten eines ab intestato verstorbenen geistlichen Erblassers aus dem gesetzlichen Armendrittel nur soviel zuzuwenden, als demselben aus diesem Drittel der Verlassenschaft nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre." Hfkzldkrt v. 16. Sept. 1824. Michel II Nr. 1133. Helfert §. 95. 107. — Der Kirchenpatron hat in der Regel keinen Erbanspruch. Helfert §. 96.

[8] Gapp in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1826 II Nr. 26. Stubenrauch II S. 643 lit. e. Mit Beschränkung auf dieses ab intestato gebührende

Verwandtendrittel iſt denn auch (arg. 765. 766) der Pflichttheil der Eltern oder Kinder eines Weltgeiſtlichen zu bemeſſen. Gapp S. 7 fg. Rippel V S. 75 Nr. 4. Dworzak in d. Ztſchr. f. öſterr. R. G. 1848 I Nr. 14. Ellinger zu §. 766. Stubenrauch II S. 659 fg. A. M. Winiwarter III S. 333. 334, dem Füger, Erbr. III S. 128 fg. beiſtimmt. Der einzige plauſible Grund, den Winiwarter S. 334 anführt: „es wäre ſonderbar, wenn die Beſchränkung des geſetzlichen Erbrechts der Verwandten eines Geiſtlichen, welche offenbar nur zum Vortheil der Kirche und der Armen beſteht, auch dann gelten ſollte, wenn ein Erblaſſer ſich ſeiner Befugniß zu teſtiren bedient, um die Kirche und die Armen von ſeiner Verlaſſenſchaft gänzlich auszuſchließen", zerfällt mit der Erwägung, daß die Geiſtlichen trotz der ihnen eingeräumten Teſtirfähigkeit „gleichwohl an das alte durch keine Gewohnheit außer Verbindlichkeit getretene Kirchengebot zur Verwendung der kirchlichen Einkünfte für fromme Zwecke fortwährend inſofern gebunden ſind, als ſie nach ihren beſonderen, Andern unbekannten Verhältniſſen zu prüfen haben, ob die Anordnung, wie ſie ſolche machen, von der Art ſei, daß niemand Anderer einen gegründeten Anſpruch auf ihren Nachlaß ſtellen könne, und ſie ſelbſt von der Beobachtung jenes Gebotes Gott Rechenſchaft zu geben vermögen" (Helfert S. 255), daher denn auch die Kirche kein Pflichttheilsrecht hat. Hfdkrt 23. Dez. 1814. Helfert §. 88. Der Einwand, daß der Geiſtliche hienach ein freieres Verfügungsrecht hätte als der Laie, zerfällt mit der Erwägung, daß nur das Verwandtendrittel als das freivererbliche weltliche Vermögen des Geiſtlichen anzuſehen iſt. Vgl. Dworzak S. 186 fg.

[9] Die Geltung der in dieſem Paragraph enthaltenen Regeln iſt in Frage geſtellt durch Art. 21 des (ſeither gekündeten) Concordats v. 18. Aug. 1855: In cunctis imperii partibus archiepiscopis episcopis et viris ecclesiasticis omnibus liberum erit, de his quae mortis tempore relicturi sint, disponere juxta sacros canones, *quorum praescriptiones et a legitimis eorum haeredibus ab in intestato successuris diligenter tamen observandae erunt*.... Der Sinn dieſer Stelle iſt nichts weniger als zweifelhaft und unbedenklich: die Erörterung und Darlegung deſſelben mag jedoch, da die weltlichen Gerichte an unſeren öſterr. Geſetzen feſthalten (Art. 13), füglich den Kirchenrechtslehrern überlaſſen bleiben. Vgl. Ginzel, Handb. des öſterr. Kirchenr. II 2 (1862) §. 422.

II. Die Erbfolge in gewiſſe Güter.

§. 89.

Eine beſondere Nachfolge findet in Familiengüter (Familienfideicommiſſe §. 618 fg.) ſtatt. Die Berufung hiezu geht von dem Stifter deſſelben aus: auch der ſpäteſte Nachfolger verdankt ſeine Succeſſionsberechtigung lediglich dem fortwirkenden Rufe (viva vox) des Stifters (ſog. successio ex pacto et providentia majorum). Die Succeſſion in das Familienfideicommiß iſt ſomit ganz und gar unabhängig von der Beerbung des jeweiligen Fideicommißbeſitzers[1]: ſie iſt eine von vornherein geregelte ſucceſſive

Gesammt- oder Einzel-Nachfolge in das von dem Constituenten herrührende unveräußerliche Familienvermögen oder Familiengut[2]. Die nähere Erörterung dieser Nachfolge gehört jedoch in das Familienrecht (Familiengüterrecht)[a], in welchem das Familienfideicommiß als ein familienrechtliches Institut seine Darstellung zu finden hat[3].

Von der besonderen Nachfolge in Bauerngüter (§. 761) ist bereits früher[b] gehandelt und nachgewiesen worden, daß nur die Erbtheilung, nicht der Erbgang, in Ansehung der Bauerngüter besonderen Regeln unterworfen ist.

In neuerer Zeit pflegt man wohl auf der Basis des Grundgesetzes für die Militärgrenze vom 7. Mai 1850 (R. G. Bl. Nr. 243) von einer besonderen Erbfolge in Immobilien in der Militärgrenze zu sprechen: sieht man jedoch genauer zu, so überzeugt man sich bald, daß es sich auch hier nicht um eine besondere Erbfolge handelt (vgl. insbes. §. 24. 25 ebda), sondern vielmehr nur die Besonderheit stattfindet, daß eine Erbfolge in Immobilien erst bei dem gänzlichen Aussterben einer Hauscommunion eröffnet wird (§. 24. 25. 26 ebda), indem den Grundsätzen des slavischen Rechts gemäß ein wirkliches Gesammteigenthum der Hausfamilie in allen ihren Gliedern an dem Hausgute stattfindet (§. 22. 34...38 ebda).

Anm. [1] Knipschildt, de fideicommissis familiarum nobilium sive de bonis quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur. 1661. Cap. IX (de modo succedendi) §. 77: In hisce fideicommissis non agitur de hereditate et bonis .... ultimi possessoris sed ipsius primi institutoris et sic ipsi testatori et non ultimo defuncto .... succeditur.

[2] Die von Gerber, System §. 266. 274, in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 11 Nr. 6 und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 1 Nr. 2 aufgestellte Construktion der Nachfolge in das Familienfideicommiß ist m. E. ganz verkünstelt und unhaltbar. Sie beruht auf der bereits oben §. 2 bekämpften Auffassung des Erbrechts überhaupt als eines Rechts auf die und an der vermögensrechtlichen Persönlichkeit eines Verstorbenen (Gerber, System §. 248). Gerber sucht nun zuerst durch Unterscheidung einer landrechtlichen und einer lehenrechtlichen Persönlichkeit den Gegenstand der gesonderten Nachfolge in das Allodialvermögen und in das Lehengut zu gewinnen, vermag aber zu der vermeintlich nothwendigen (familienrechtlichen?) Persönlichkeit für den Familienfideicommiß nicht anders als durch den mißlichen Ausweg zu gelangen, daß „das für das Lehenrecht ausgebildete Prinzip der Erbfolge auf das Institut der Familienfideicommisse übertragen worden sei. Was dort auf einem natürlichen Boden ruht, ist hier künstlich (?) und durch Fiktion (?) nachgebildet;

[a] System I S. 217. 218. [b] Oben §. 44 a.

denn nur das Lehenrecht läßt jene eigenthümliche Erſcheinung einer Trennung der Perſönlichkeit erklären" (Syſtem §. 266 a. E.). Eine ſolche Erklärung enthält nicht ſo ſehr eine Conſtruktion, als vielmehr ein Geſtändniß der Ohnmacht derſelben: oder möchte Gerber wirklich behaupten, daß ohne Lehenrecht ein Familienfideicommiß gar nicht denkbar ſei? Wie geſchraubt und unnatürlich iſt ferner die Erklärung der Errichtung eines Familienfideicommiſſes bei Lebzeiten des Stifters: „das abgelöſte Vermögen iſt ein abgerundeter Rechtskreis, in welchem ſich die Perſönlichkeit des Stifters kraft eines willkürlichen Entſchluſſes ſubſtantiirt" (Jahrb. I S. 89)! Wie ſollen wir uns dieſen Incarnationsprozeß, dieſe Trennung und gleichzeitige Subſtantiirung der quaſi-lehenrechtlichen (fideicommißrechtlichen?) Perſönlichkeit in dem „abgerundeten Rechtskreis" denken? Wie vollends dann, wenn der Conſtituent das Familienfideicommiß nicht für ſeine Familie, ſondern für die eines Dritten ſtiftet: welche Perſönlichkeit wird in dieſem Fall „ſubſtantiirt", in den Zauberkreis gebannt, von jedem noch ſo ſpäten Nachfolger „in ihrer Urſprünglichkeit von neuem übernommen und an ſeine eigene Perſönlichkeit angeſchloſſen, ohne ſie mit dieſer zu vermiſchen"?! In der That, ſolche myſteriöſe Äußerungen eines ſo hervorragenden Gelehrten ſind ein Beweis mehr, wie nothwendig es iſt, die Puchta'ſche Auffaſſung des Erbrechts bis in ihre letzten Conſequenzen aufzugeben. Um wie viel einfacher erſcheint alles, wenn man von einem durch den Willen des Stifters gebundenen Vermögen ſpricht, welches den Gegenſatz zum freivererblichen Vermögen des jeweiligen Fideicommißbeſitzes bildet! Deshalb läßt ſich aber auch weder allgemein ſagen, die Nachfolge in ein Familienfideicommiß ſei eine Singularſucceſſion (wie dies gewöhnlich geſchieht), noch ſie ſei prinzipiell und ſtets eine Univerſalſucceſſion (wie dies Gerber thut, dem ſich Zimmerle, das deutſche Stammgutsſyſtem 1857 §. 36 S. 291 anſchließt), ſondern es kommt hier wie ſonſt darauf an, ob ein ganzes Vermögen oder (wie dies wohl in der Regel der Fall ſein wird) nur ein einzelnes Gut den Gegenſtand des Familienfideicommiſſes und hiemit der Nachfolge bildet.

[3] Das bürg. Geſetzb. §. 618...645 (weſtg. Geſetzb. II §. 413...436, ebenſo das ſächſ. Geſetzb. §. 2527 fg.) handelt, wohl noch im Nachklang an die in älterer Zeit beliebte unzureichende Analogie mit dem röm. fideicommissum familiae relictum (ſog. legatum familiae, Arndts im R. L. VI S. 295. 296. Pandekt. §. 549. Heimbach in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 5 S. 42 fg.), das Familienfideicommiß ganz und gar im Erbrecht (Thl II Hptſtck 10 „von Nacherben und Fideicommiſſen") ab. Bei einem ſolchen Vorgang kehrt man das natürliche Verhältniß von Fundamentalbeſtand und Übertragung eines Gutes geradezu um, läßt über dem Moment der Bewegung das Moment der Ruhe außer Augen und macht an Stelle der prinzipalen Stabilität des Familiengutes den ſekundären Wechſel ſeiner Beſitzer zur Hauptſache: es iſt nicht anders als wollte man die ganze phyſikaliſche und chemiſche Natur des Waſſers in der Lehre vom Waſſerfall unterſuchen. So wenig das Lehenrecht trotz der eigenthümlichen Lehenfolge in das Erbrecht gehört, ſo wenig hat das Familienfideicommiß trotz der beſonderen (gebundenen) Nachfolge, die dabei ſtattfindet, in dem Erbrecht ſeinen wahren Sitz. Manche neuere Germaniſten, wie Gerber, Syſtem §. 83. 84. 274. 275. Bluntſchli, deutſch. Pr. R. §. 68. 205 und Gengler, Lehrb. des deutſch. Pr. R. S. 232 fg. 1357 fg., ſtellen das ſachenrechtliche Element des Familienfideicommiſſes in das Sachenrecht, das erbrechtliche Ele-

ment in das Erbrecht. Bei dieſer Vertheilung und getrennten Behandlung des Stoffs büßt das Familienfideicommiß ſeine innere Einheit und ſeinen wahren Charakter als eines familienrechtlichen Inſtitutes mit ſachen- und erbrechtlichen Eigenthümlichkeiten ein. Und ſtellt man denn etwa die Lehre vom Dotalgut im Sachenrecht dar? Eine ſolche Zerſplitterung vermeiden jene Germaniſten, welche das ganze Inſtitut im ſog. Adelsrecht darſtellen (wie Beſeler, Syſtem Bd. 3 §. 176 und Walter, Syſtem §. 470 fg.): allein dieſer Vorgang wäre nicht nur für das öſterr. Recht ganz unpaſſend (Syſtem I §. 41 Note 9), ſondern iſt auch auf dem Boden des gem. Rechts nicht zu billigen, da die Adelsqualität nur partikularrechtlich eine Bedingung der Errichtung von Familienfideicommiſſen bildet. Koch, preuß. Privatr. I §. 300 fg. handelt dieſe ganze Materie im Sachenrecht (unter der Kategorie „getheiltes Eigenthum“ ab, was aber gleichfalls nicht nachahmenswerth erſcheint.

Dritter Abſchnitt.

Der erbloſe Nachlaß.

§. 90.

Ein Nachlaß, zu welchem im Ganzen oder in Anſehung eines beſtimmten Theiles (§. 562)[1] kein Erbe vorhanden iſt (§. 726. 727 fg.), fällt als erblos[2] an den Fiscus (§. 760)[3]. Der Nachlaß kann aber erſt dann als erblos angeſehen und eingezogen werden, wenn die bekannten Erben trotz wiederholter Aufforderung ihr Erbrecht nicht geltend machen und die möglicherweiſe vorhandenen unbekannten Erben mittelſt Ediktes zur Geltendmachung ihrer Erbanſprüche binnen Jahresfriſt aufgefordert worden ſind (Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 128)[a] und dieſe Friſt unbenutzt oder doch reſultatlos[4] verſtrichen iſt. Für dieſe Zwiſchenzeit iſt, dafern der Nachlaß nicht ſchon eingeantwortet iſt[5], ein Verlaſſenſchaftscurator zu beſtellen (§. 128 ebda), deſſen Aufgabe unter anderem darin beſteht, für die Ausmittelung der Erben nach Kräften zu ſorgen (§. 129 ebda)[b]. Iſt die Ediktalfriſt fruchtlos verſtrichen, ſo wird der Nachlaß, nach Abzug gewiſſer Gebühren (§. 155 ebda), ohne weitere Erbverhandlung[6]

[a] Vgl. §. 79 Geſ. v. 28. Juni 1850. A. L. R. II 16 §. 24. I 9 §. 471 fg. cf. L. 5 C. de bon. vac. 10. 10. [b] Vgl. §. 78 Geſ. v. 28. Juni 1850. A. L. R. I 9 §. 476. [c] Vgl. §. 114 Geſ. v. 28. Juni 1850.

von der Abhandlungsbehörde dem Fiscus übergeben (§. 130 ebda)[d]. Die Erben werden jedoch dadurch von ihrem Erbrecht nicht ausgeschlossen[7], sondern können ihre Erbansprüche immer noch gegen den Fiscus als redlichen Erbschaftsbesitzer mit der Erbschaftsklage (§. 823)[e] innerhalb der gewöhnlichen vom Zeitpunkt des Erbanfalls zu berechnenden Verjährungsfrist (§. 1478. 1479) geltend machen (§. 129 Ges. v. 9. Aug. 1854[f]. Hfdkrt v. 12. Okt. 1835 Anh. Nr. 58)[8].

Der Fiscus, der den erblosen Nachlaß einzieht, tritt in die Gesammtheit des nachgelassenen Vermögens und befindet sich als Universalnachfolger in ähnlicher Lage wie ein Erbe[9]. Er hat als solcher insbesondere die ausgesetzten Vermächtnisse zu entrichten (arg. (§. 563)[10] und die Schulden des Erblassers zu bezahlen, doch beschränkt sich seine Haftung in Folge des von amtswegen zu errichtenden Inventars (§. 92 Nr. 1 §. 43 Ges. v. 9. Aug. 1854)[g] auf den Umfang des Nachlasses. Überdies ist dem Fiscus nur der reine Nachlaß hinauszugeben, wie er sich nach der durch den Verlassenschaftscurator zu besorgenden Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Legatare herausstellt (§. 129 ebda. §. 813 fg. a. b. G. B.)[11].

Zur Geltendmachung seines Rechtes auf das erblose Gut steht dem Fiscus nach Erforderniß der Sachlage[h] auch die Erbschaftsklage zu[i], welche gleich sonstigen Klagen des Fiscus (§. 1485) der vierzigjährigen Verjährung unterworfen ist[12].

Anm. [1] Die Behauptung, daß im Fall der Präclusion eines von mehreren unbeschränkt instituirten Miterben (§. 128 Ges. v. 9. Aug. 1854. §. 79 Ges. v. 28. Juni 1850) das Caducitätsrecht (Heimfallsrecht) das Accrescenzrecht (oben §. 38) ausschließe (Bayer. im Magaz. f. Staats- und Rechtswiss. Bd. 5 Nr. 3. W...r in der G. Z. 1852 Nr. 119), hätte niemals aufgestellt werden sollen. Vgl. dagegen auch Mitlacher in der G. Z. 1851 Nr. 141. 1852 Nr. 156. 157. Stubenrauch II S. 620. — Über einen Fall theilweiser Erblosigkeit nach R. R. vgl. Arndts, Pand. §. 608 und A. L. II 2 §. 652.

[2] Über das Recht des Fiscus auf erbloses Gut (bona vacantia) nach R. R. (Cod. de bonis vacantibus et de incorporatione 10. 10) vgl. insbes. Glück, Intestaterbfolge (1. Aufl. 1803) §. 147...151. Schnöter in der Gieß. Zeitschr. Bd. 10 Nr. 3. Schmidt, de successione fisci in bona vacantia ex jure romano.

[d] Vgl. §. 114 cit. [e] cf. L. 10 C. de inoff. test. 3. 28. [f] Vgl. §. 79 Ges. v. 28. Juni 1850. A. L. R. II 2 §. 27. [g] cf. L. 5 C. h. t. 10. 10. L. 22 C. de jur. delib. 6. 30. [h] Anm. 5. [i] L. 20 §. 7 D. de H. P. 5. 3.

1836 (zu beiden Schriften vgl. die Anzeige in den kritiſch. Jahrb. f. deutſche Rechtsw. Bd. 1 S. 309...321). Heimbach im R. L. III S. 939...947. Bangerow II §. 564. Keller, Grundr. §. 296. Die Darſtellung von Bering, Erb. S. 567 fg. iſt nicht frei von Widerſprüchen und Unrichtigkeiten. — Über erbloſes Gut nach deutſchem Recht vgl. Pauli, Abhandl. aus dem lüb. Recht Bd. 3 S. 152 fg. Siegel, deutſches Erbr. §. 66 S. 203 fg. Gengler, Lehrb. des deutſch. Pr. R. §. 217 S. 1285...1297. — Über das preuß. Recht (A. L. R. II 16 §. 16...29) vgl. Witte preuß. Inteſtaterbr. §. 48. Koch II §. 855. Vgl. auch Bluntſchli's Erläuter. V S. 67 fg.

[3] Die früher beſtandenen Heimfallsrechte gewiſſer Stände, Claſſen und Städte (§. 760. vgl. darüber Linden, Abhandl. über Cameralgegenſtände 1834 S. 1...15) ſind in neuerer Zeit (vom 7. Sept. 1848 an) mit Aufhebung des Unterthansverbandes ſämmtlich beſeitigt worden. Stubenrauch II S. 623. Michel II Nr. 1122. Vgl. auch Kundmachungspat. v. 29. Nov. 1852 für Ungarn u. ſ. w. Art. VII Nr. 4 und v. 29. Mai 1853 für Siebenbürgen Art. VII Nr. 4. Über den Fall insbeſondere, wenn ſich zum Nachlaß eines Paſtors helvetiſcher Confeſſion niemand meldet, vgl. Hfdkrt 21. Sept. 1797 (Michel II Nr. 1136) und Helfert, Kirchenvermögen II §. 101. Mit Unrecht ſprechen Stubenrauch II S. 622 lit. b. c. u. A. von einem „Heimfallsrecht" des Lemberger Spitals und der Strafanſtalten: die betreffenden Objekte, welche jenen Anſtalten zufallen, ſind weder die bona defuncti noch vacantia.

[4] Dies iſt der Fall, wenn jemand, der ſich als geſetzlicher Erbe gemeldet hat, ſein Erbrecht nicht auszuweiſen vermag. §. 819. Geſ. v. 9. Aug. 1854. §. 122. 130. Die Frage, ob der Fiscus zur Geltendmachung ſeines Heimfallsrechts berechtigt ſei, die Gültigkeit eines Teſtaments, auf Grund deſſen der Inſtituirte ſich erbserklärt hat, zu beſtreiten, iſt unbedenklich zu bejahen, da es nur auf den objektiven Umſtand der wirklich vorhandenen Erbloſigkeit ankömmt. cf. L. 10 §. 1 D. de div. temp. 44. 3. L. 20 §. 7 D. de H. P. 5. 3. Entſcheid. des oberſt. Gerichtsh. v. 26. Aug. 1857 Nr. 8808 in der G. Z. 1862 Nr. 27. Unrichtig Ellinger zu §. 760 a. E. Die Ausführungen von Kaleſſa im Juriſt. Bd. 7 S. 314 fg. ſind prinziplos und willkürlich. Unbefriedigend iſt auch der Aufſatz von Sturm in der G. Z. 1855 Nr. 86. Nicht leicht begreiflich iſt, wie Stubenrauch II S. 619 Note** behaupten kann, daß ſich jene Frage durch die Anordnung des §. 129 Geſ. v. 9. Aug. 1854 erledige, wonach der Verlaſſenſchaftscurator (im Unterſchied vom curator absentis, §. 131 ebda) „weder eine Erbserklärung überreichen, noch die von einem Andern überreichte Erbserklärung oder eine letztwillige Anordnung beſtreiten darf": es handelt ſich hier um das Beſtreitungsrecht des Fiscus, nicht um das des neutralen curator hereditatis.

[5] In unſerer Geſetzgebung wie in unſerer Literatur hat man immer nur den Fall vor Augen, daß die (wirkliche oder ſcheinbare) Erbloſigkeit ſich noch im Zug der Verlaſſenſchaftsabhandlung herausſtellt. Aber iſt es denn nicht auch denkbar, daß die Erbloſigkeit ſich erſt ſpäter herausſtellt? Kann nicht z. B. lange nach Einantwortung des Nachlaſſes an den im Teſtament eines ohne geſetzliche Erben (vgl. §. 754) verſtorbenen Erblaſſers Eingeſetzten die Ungültigkeit des Teſtaments (z. B. wegen ſpäteren jetzt erſt bekannt gewordenen Widerrufs) ſich ergeben, und ſollte

dann der Fiscus nicht berechtigt sein, den in der That erblosen Nachlaß zu vindiciren?

[6] Es bedarf also weder einer Erbserklärung von Seiten des Fiscus noch einer Erbeinantwortungsurkunde. In ähnlicher Weise verhielt es sich nach röm. Recht. „Eine wirkliche Antretung der Erbschaft oder auch nur eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Verlassenschaft haben zu wollen, war nicht erforderlich, sondern letztere fiel dem Fiscus in dem Sinne von selbst und von Rechts wegen (ipso jure) zu, daß er sie vom Zeitpunkt des Anfalls an entweder ohne weiters im Fiscalwege, sei es faktisch einziehen, sei es rechtlich verfolgen (vindicare, L. 50 pr. D. de manum. test. 40. 4), oder aber ausdrücklich von der Hand weisen und selbst stillschweigend liegen lassen konnte." Keller, Grundr. S. 276. Man darf daher aus jener Bestimmung des §. 130 Ges. v. 9. Aug. 1854 (§. 114 Ges. v. 28. Juni 1850) nicht etwa ein Argument gegen die erbrechtliche Natur des Heimfallsrechts ableiten wollen. — Über die formelle Prozedur hiebei (Anzeige des erblosen Nachlasses an die Statthalterei und Abführung desselben Nachlasses an eine bestimmte Casse) vgl. Mitlacher, Handb. des gerichtl. Verfahr. I S. 265 fg.

[7] Es findet somit Präclusion nur vom gerichtlichen Einsatz, nicht vom Erbrecht selbst statt. Ebenso verhält es sich nach preuß. Recht (A. L. R. II 2 §. 27) und nach dem hess. Entw. (Motive S. 207), wogegen das sächs. Gesetzb. §. 2619 mit dem Schweigen während der Ediktalfrist die stärkere Wirkung (Präclusion vom Erbrecht) verbindet. Vgl. auch Gengler S. 1293 Note 34 und Haase, über Ediktalladungen und Ediktalprozeß außerhalb des Concurses (1817) S. 85 fg. 97 fg.

[8] „Erblose Verlassenschaften können, wenn die vorschriftsmäßige öffentliche Vorladung der Erben ohne Erfolg geblieben, und die zur Anmeldung der Erbrechte festgesetzte Ediktalfrist verstrichen ist, von dem Fiscus sogleich eingezogen werden. Den Erben bleibt unbenommen, auch nach der Einziehung der Verlassenschaften noch ihre Ansprüche darauf, so lange sie nicht durch Verjährung erloschen sind, geltend zu machen. Der Fiscus hat sowohl in Rücksicht der Früchte eingezogener erbloser Verlassenschaften als der freien Verfügung über das Erbschaftsvermögen alle Rechte eines redlichen Besitzers. (Vgl. oben §. 52 Anm. 4.) Diese Vorschriften gelten auch für die dem Invaliden- oder Gränzproventenfonde nach den Gesetzen zufallenden erblosen Verlassenschaften der Militärpersonen." Michel II Nr. 1114.

[9] L. 128. D. de R. J. Hi, qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur. „Das Recht des Fiscus ist kein Erbrecht, dieses widerspricht schon dem Begriff der erblosen Güter. Es gibt keine Classe in der Intestaterbfolge, in welche diese Personen gehörten. Aber es ist allerdings ein Recht am Vermögen, welches nach Analogie des Erbrechts behandelt wird." Puchta, Vorles. II §. 564 S. 511. Der seit den Glossatoren geführte Streit über die Natur des Heimfallsrechts (Gesammtnachfolge in den erblosen Nachlaß oder hoheitsrechtliche Occupation herrenlosen Gutes) kann heutzutage als entschieden angesehen werden: die überwiegende Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller erklärt sich aus triftigen Gründen für die erbrechtliche Natur des Caducitätsrechts. Vgl. außer Glück, Schmidt und Schröter in den (Anm. 2) angef. Abhandl. die bei Bangerow II S. 672 angef. Schriftsteller, wozu jetzt noch kommen Brinz S. 972. 973 und

Keller, Grundr. §. 296 Nr. I Pandekt. §. 594 (den Bering Erbr. S. 568 Note 2 ganz mit Unrecht für einen Anhänger der Occupationstheorie erklärt). Nach älterem deutſchen Recht mochte immerhin das Recht auf erbloſes Gut nicht als eine Art Erbrecht anzuſehen, ſondern aus der Befugniß des Richters, herrenloſe Sachen an ſich zu ziehen, zu erklären ſein (Siegel S. 206), allein ſchon im ſpäteren Mittelalter faßte man das Recht des Fiscus auf die bona vacantia als eine Art ſubſidiärer Inteſtaterbfolge auf (Gengler S. 1293 Note 35) und die meiſten neueren deutſchen Geſetzgebungen haben dieſe Auffaſſung ſanktionirt: ſo ausdrücklich das A. L. R. II 2 §. 25. 26 und das ſächſ. Geſetzb. §. 2620: auch im zürch. Geſetzb. §. 1965 (Bluntſchli V S. 74. 75) herrſcht dieſe Auffaſſung, während in dem heſſ. Entw. Art. 363 Motive S. 206. 207 Unklarheit und Inconſequenz ſich findet. Die Behauptung, daß auch nach öſterr. Recht das Heimfallsrecht des Fiscus nicht in einem privilegirten Occupationsrecht herrenloſen Gutes, ſondern als Surrogat des Erbrechts in dem Eintrittsrecht in den erbloſen Nachlaß als Geſammtheit beſtehe, rechtfertigt ſich durch die Verpflichtung des Fiscus zur Bezahlung der Nachlaßſchulden und zur Entrichtung der Vermächtniſſe (§. 129 Geſ. v. 9. Aug. 1854) und durch die Möglichkeit der Belangung des Fiscus mit der Erbſchaftsklage (Anm. 8), wozu jetzt noch die Anerkennung der Verpflichtung des Fiscus zur Entrichtung gewiſſer (an Localfonde zu bezahlenden) Nachlaßgebühren kommt (§. 155 ebda). Doch wird von manchen öſterr. Schriftſtellern, dafern ſie ſich überhaupt mit dieſer Frage beſchäftigen, die Anſicht aufgeſtellt, daß nach öſterr. Recht das Caducitätsrecht „das Majeſtätsrecht zur vorzugsweiſen Occupation herrenloſer Sachen", ſomit der Fiscus nur Singularſucceſſor ſei: ſo von Linden S. 1. 11 fg.; vgl. auch Kaleſſa im Juriſt. Bd. 9 S. 135 fg. Winiwarter III S. 319. Nicht beſtimmt drückt ſich Zeiller II S. 760. 761 aus, dem Rippel V S. 48 wortgetreu folgt. Vgl. Anm. 13.

[10] L. 96 §. D. de leg. I. Quoties lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta sunt. L. 2 §. 1 D. de alim. leg. 34. 1. L. 14 D. de jur. fisc. 49. 14. Vgl. darüber insbeſ. Schröter S. 120...132. Bangerow Nr. III. Die ſchlagendſte Anerkennung der Verpflichtung des Fiscus zur Entrichtung der angeordneten Legate (vgl. auch Zeiller II S. 760) liegt in der Vorſchrift des §. 129 Geſ. v. 9. Aug. 1854, wonach der Verlaſſenſchaftscurator, „ſobald es mit Sicherheit geſchehen kann (§. 813 fg. a. b. G.B.), die Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer zu befriedigen hat." Vgl. auch §. 25 Anm. 4.

[11] In Folge dieſer Behandlungsweiſe kann man allerdings für das öſterr. Recht geradezu ſagen: Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cujusque intelligitur, quod aeri alieno superest. L. 11 D. de jur. fisc. 49. 14. Über die wahre Bedeutung dieſer Stelle nach R. R. vgl. Schröter S. 108 fg. Keller, Grundr. S. 277. Natürlich iſt auch nach öſterr. Recht über den inſolventen erbloſen Nachlaß der Concurs zu eröffnen. L. 1 §. 1 D. de jur. fisc. 49. 14. cf. L. 1 pr. D. de succ. edict. 38. 9.

[12] Nach röm. Recht verjährt das Recht des Fiscus, erbloſes Gut einzuziehen, in vier Jahren, welche von der Zeit der wirklichen Erbloſigkeit an zu berechnen ſind.

L. 1 C. de quadr. praescr. 7. 37. L. 10 §. 1 D. de div. temp. 44. 3. L. 1 §. 2 D. de jur. fisc. 49. 14. L. 6 §. 7 D. si quis omissa 29. 4. Vgl. darüber Savigny V S. 360 und insbeſ. Unterholzner, Verjährungslehre II §. 301 Nr. III. (Die Behauptung von Arndts §. 608, daß dieſe vierjährige Friſt noch vor der Anzeigung [Nuntiation] des erbloſen Gutes an den Fiscus verſtrichen ſein müſſe, iſt doch wohl ungegründet. Vgl. auch Schirmer zu Unterholzner Note 827 a.) Dieſe beſchränkte Verjährungsfriſt iſt im preuß. Recht (A. L. R. II 2 §. 21) ausdrücklich, im öſterr. Recht ſtillſchweigend aufgegeben worden.

[13] Die Entſcheidung der (von unſern Schriftſtellern gar nicht berührten) ſtreitigen Frage, welchem Fiscus der erbloſe Nachlaß eines Fremden oder die in verſchiedenen Territorien gelegenen Beſtandtheile eines erbloſen Nachlaſſes gehören, hängt von der Auffaſſung der rechtlichen Natur des Heimfallsrechts ab. Vgl. auch Bluntſchli, Erläuter. V S. 74 lit. a. Sieht man darin ein privilegirtes Occupationsrecht, ſo kann natürlich jeder Fiscus rei sitae ſämmtliche in ſeinem Territorium befindliche Nachlaßgegenſtände einziehen. Dieſe Anſicht wird insbeſ. von Blume im Rhein. Muſ. Bd. 4 Nr. 6 vertheidigt (vgl. auch Puchta, Vorleſ. II S. 512); ſie iſt inconſequenter Weiſe (Witte S. 162. Koch II S. 822) auch in das preuß. Landr. (II 2 §. 28. 29) übergegangen. Faßt man dagegen das Recht auf die bona vacantia als eine Univerſalſucceſſion auf, ſo kann nur ein einziger Fiscus den geſammten Nachlaß einziehen und dieſer wird der Fiscus des letzten Wohnſitzes des Erblaſſers ſein. Glück Inteſtaterbf. §. 149. Schröter S. 138 Nr. 2. Bangerow II S. 678. Savigny VIII S. 315. 316. Vgl. jedoch auch Bar, das internationale Privat- und Strafrecht 1862 §. 114. (Der neueſte Bearbeiter dieſer Lehre, R. Schmid, die Herrſchaft der Geſetze nach ihren räumlichen ... Grenzen 1863. S. 94 fg., erörtert dieſen ſpeziellen Punkt nicht.) Für das öſterr. Recht kommen jedoch die im Syſtem I §. 23 Nr. V (S. 199 fg.) entwickelten Grundſätze zur Anwendung und es wird hienach insbeſondere der öſterr. Fiscus die in Öſterreich gelegenen, zum erbloſen Nachlaß eines Ausländers gehörigen Immobilien und jedenfalls den ganzen in Öſterreich befindlichen erbloſen Nachlaß eines im Ausland domicilict geweſenen Öſterreichers einziehen. Vgl. §. 21 fg. §. 137 fg. Geſ. v. 9. Aug. 1854. §. 79. 80. Jur. Norm. v. 20. Nov. 1852.

Sachregiſter.

Die Grundziffern bezeichnen Paragraphe, die Exponenten Anmerkungen.

Ablehnung, der Erbſchaft 37.
Abzug, bei Reſtituirung der Erbſchaft 52, bei Legaten 66.
Accreſcenzrecht ſ. Anwachſungsrecht.
Actio ad supplendam legitimam 85.
Actio familiae erciscundae 44.
Actio legati 64.
Ademtion ſ. Widerruf, Zurücknahme.
Adoption ſ. Kinder, Eltern.
Advitalitätsvertrag 61 4.
Alimentationsanſpruch des Gatten 78 7, des Enterbten 83 22, des Renuntianten 79 8.
Alimentenlegat 74.
Anerbenrecht 44a.
Anfall, der Erbſchaft 6, des Vermächtniſſes 62.
Anrechnung 45...47.
Antritt der Erbfolge 6. 36.
Anwachſungsrecht, bei Erbſchaften 38, bei Vermächtniſſen 63, bei dem Legat des Nießbrauchs 71 5.
Apoſtaſie als Enterbungsgrund 83 4.
Auflage 18. 58.
Auflage eine fremde Erbſchaft zu reſtituiren 20 1. 73 2.
Auftrag ſ. Auflage.
Auseinanderſetzung der Erbſchaft 44.
Auslegung eines Teſtaments 13 4, einer Vermächtnißanordnung 57.
Ausſchlagung der Erbſchaft 37, des Legats 62.
Ausſchließung von der geſetzlichen Erbfolge 30 4. 82 1. 83 2, vom Pflichttheil 83. 84.
Ausſtattung, Anrechnung derſelben 46, Vermächtniß derſelben 75 5.

Bauerngüter 44a.
Bedingung 16. 58.
—— aufſchiebende 16 4.
—— auflöſende 16 22. 23.
—— affirmative 16 5. 25.
—— Auslegung 16 11. 16.
—— Begriff 16 3.
—— captatoriſche 16 8.
—— caſuelle 16 6.
—— negative 16 5. 24. 25.
—— perplexe 16 12.
—— uneigentliche 16 6.
—— unerlaubte 16 8.
—— unverſtändliche 16 13.
—— des Witwenſtandes 16 10. 58 7.
—— si Tertius voluerit 14 4. 57 2.
—— si heres voluerit 57 1.
Befriſtung 17. 58.
Begräbnißkoſten 40 12. 52. 81 4.
Beneficium inventarii 41 3. 43. ſ. Inventar.
Beneficium separationis 41. 65. 85.
Berechnung des Pflichttheils 81.
Berufung zur Erbfolge 4 fg. 30. Zeitpunkt derſelben 28. 29.
Beſtreitung einer letztwilligen Anordnung 22 6. 26 18. 61 2. 87 17, Verbot derſelben 18 7.
Beſitz, Erwerb deſſelben durch den Erben 39. 40 6.
Beſitzklagen, Übergang auf den Erben 40 6.

Betrug bei letztwilligen Verfügungen 13, beim Erbſchaftsantritt 36, beim Erbſchaftsverkauf 49 13, bei der Anrechnung 47 9.
Beweggrund 13 3. 18 1.
Beweislaſt 51. 61 8.
Bona vacantia 90.
Bonorum possessio, Agnition 36 12. 16.
—— —— des Subſtituten 19 8.
—— —— ex edicto Carboniano 50 15.
—— —— furiosi nomine 50 15.
—— —— unde vir et uxor 35 3.

Captatoriſche Verfügungen 16 8. 24 7.
Capio mortis causa 55 8.
Catoniana regula 60 1. 67 14.
Cautel, Sociniſche 82 4.
Cautio legatorum servandorum causa 65 4.
Cautio Muciana 16 23. 25. 26. 27.
Clauſel, caſſatoriſche 24 4.
—— Codicillar- 56 5.
—— derogatoriſche 24.
Codicill 56, confirmirtes 56 3, Inteſtat- 56 4, teſtamentariſches 56 3.
Collation ſ. Anrechnung.
Collegatare 55. 63.
Condictio indebiti 47 9. 66 11.
Conditionis implendae causa 55 8. 81 6.
Confusio bonorum 40.
Conjuncti re, re et verbis, verbis 15 7. 8. 38 5. 63 3. 4. 5.
Convocation der Gläubiger 42.
Curator, der Verlaſſenſchaft 7. 40 15. 17. 41. 42 11. 53. 64 4. 66 9. 10. 90. Erbantretung durch einen Curator 36 5. 6.

Debitum legatum 72 Nr. 3.
Delation ſ. Berufung.
Delationsgründe 4.
Deliberationsfriſt 19 8. 36 14. 15. 16. 42 3.
Diebſtahl an Erbſchaftsſachen 7 15.
Dies 17. 58.
—— cessit, venit 62. 64. 71 2.
—— incertus quando 17 1.
Donatio inofficiosa 86.
—— mortis causa 77.
—— propter nuptias 46 4.
Dos inofficiosa 86 15.
—— legata 75.

Ediktalvorladung, der Erben 39. 90, der Erbſchaftsgläubiger 42.
Ehegatte, geſetzliches Erbrecht 35, Pflichttheilsrecht 78 7. Alimentationsanſpruch 78 7.
Eheloſigkeit, als Bedingung einer letztwilligen Zuwendung. 16 10. 58 7.
Einantwortung des Nachlaſſes 40.
Einantwortungsdekret 39. Nachtrag zu § 40.
Einrechnung in den Pflichttheil 81.
Einrede ſ. Exceptio.
Einſatz, gerichtlicher 39 2.
Einzelklagen, erbſchaftliche 40 4. 53.
Einzelnachfolge 54 fg.
Eltern, geſetzliches Erbrecht 31, Pflichttheilsrecht 79.
Emphyteuſe, Vermächtniß derſelben 71.
Enterbung, Begriff 30 4. 83 2, zur Strafe 83, bona mente 84.
Enterbungsgründe 83.
Erbe 2.
Erbegeld 44 a.
Erbeinſetzung 8. 14 fg. Beſchränkungen derſelben 16 fg.
Erbfähigkeit 5. 14.
Erbfolge, gemeine 1 fg. beſondere 88. 89.
—— Antritt 6. 36.
—— Berufung dazu 4. 8 fg. 30 fg.
—— gewillkürte 8 fg.
—— geſetzliche 29 fg. der Verwandten 31 fg. in abſteigender 33, in aufſteigender Linie 34, d. Ehegatten 35.
—— gegen eine letzte Willensordnung 78 fg.
—— in Familienfideicommiſſe 89.
—— in der Militärgrenze 89.

Erbfolge in den Nachlaß von Geiſtlichen, ſ. Geiſtliche.
—— Recht daraus 40 fg.
—— Theilung 43.
Erbrecht, Begriff 2 2. 10···14. 6.
—— der aus Irrthum präterirten Kinder 87.
Erbrechtsklage 50...53.
Erbſchaft, Antretung und Ablehnung 36. 37.
—— Auseinanderſetzung 44. 44 a.
—— Begriff 2 4.
—— ruhende 7.
Erbſchaftsbeſitz, Erwerb deſſelben 39.
Erbſchaftsbeſitzer, redlicher, unredlicher 52.
Erbſchaftsklage 36 12. 50.
Erbſchaftstheilung 44. 44 a.
Erbſchaftsveräußerung 48.
Erbſchaftsvertrag 26 4.
Erbserklärung 36, bedingte 42.
Erbtheil, aliquoter 8 6, aliquanter 2 2. 35 11. 87 11.
Erbtheilungsklage 44.
Erbunwürdigkeit 5. 79 6, als Enterbungsgrund 83.
Erbvertrag 26.
Erbverzicht 30. Wirkung auf die Nachkommen 30 11.
Erklärung, letztwillige, 13, des Vermächtnißwillens 57.
Erklärungsfriſt 36 16.
Eröffnung der Inteſtaterbfolge 29.
—— der Teſtamente 27.
Errichtung eines Teſtaments 10 fg. 26. Fähigkeit dazu 9. 26.
—— eines Vermächtniſſes 56.
Erſitzung des Erbrechts 4 3.
—— von Erbſchaftsſachen 40 5. 52 2.
Erwerb der Erbſchaft 36 fg.
—— des Legats 62.
—— des vermachten Rechts 62 3. 64 1.
—— des Univerſalfideicommiſſes 48.
Exceptio der Litispendenz 53 4.
—— praejudicialis 53 3. 4.
—— rei judicatae 53 4. 7. 8. 87 17.
Exheredatio ſ. Enterbung.
Exheredatus pro mortuo habetur 79 5. 80 2. 81 14. 83 11.
Expilata hereditas 7 15.

Falsa causa non nocet 13 3.
Falsa demonstratio non nocet 13 5.
Familiae erciscundae judicium 44.
Familienfideicommiß 89.
Fideicommiß 20. 48. 59.
Fideicommissum hereditatis alienae 20 1. 73 2.
Fideicommißklage 48 9.
Fiktionen 7 10.
Forderungen, als Vermächtnißobjekt 72.
Form des Erbvertrags 26 10, der Teſtamente 10...12, der Legate 56.

Ganerben 2 18.
Geiſtliche, Erbunfähigkeit von Ordensgeiſtlichen 5 8. Beerbung derſelben 3 2. 88 3. Geſetzliche Erbfolge in den Nachlaß von Weltgeiſtlichen 88. Pflichttheil 88 8.
Genus legatum 68.
Geſammtnachfolge 2 fg.
Geſammtſache, Vermächtniß 69.
Geſchwiſterkinder 34 2.
Gläubigerconvocation 42.
Grunderbe 44 a.
Gütertrennung 41, auf Verlangen der Legatare 65, der Notherben 85.

Heirathsgut, Anrechnung deſſelben 46. Einrechnung in den Pflichttheil 81. Vermächtniß 75.
Herausgabe der Erbſchaft 52, des Univerſalfideicommiſſes 48.
Hereditas 2 2. 4. jacens 7.
Hereditas nondum adita transmittitur ad heredes 36 17. 18.
Hereditatis petitio 40 2. 50, partiaria 50 14.
Heres ex re certa 8 4. 6. 78 5.
—— necessarius 78 3.

Incerta persona, Erbeinſetzung derſelben 14.
Indignität 5 4.
In integrum restitutio gegen den Erwerb oder Nichterwerb einer Erbſchaft 36. 37.
Institutio ex re certa 8 4. 6. 78 5.
Institutio excepta certa re 8 6. 57 5.
Interdictum de tabulis exhibendis 27 2.
—— quod legatorum 64.
—— quorum bonorum 50 15.
Interimswirthſchaft 44 a 9.
Inteſtatcodicill 56 4.
Inteſtaterbfolge 29 2.
Inventariſation, auf Verlangen des Erben 42, des Notherben 81, von amtswegen 39. 90. Verbot derſelben 42 3. 81 5.
Irrthum bei letztwilligen Verfügungen 13. 57 4. 87.
Judicium familiae erciscundae 44.
Juriſtiſche Perſon 7 11. 12. 13. Erbeinſetzung derſelben 14.

Kinder, geſetzliches Erbrecht 31, Pflichttheilsrecht 79.

Legat ſ. Vermächtniß.
Legatum ad pias causas 64 6. 7. 66 5.
—— alimentorum 74.
—— alternativum 76.
—— debiti 72 Nr. 3.
—— dotis 75.
—— generis 68.
—— liberationis 72 Nr. 2.
—— nominis 72 Nr. 1.
—— optionis 76.
—— partitionis 20 6. 54 4. 73 1.
—— poenae nomine relicta 18 6.
—— rei propriae 67 Nr. 1, rei heredis 67 Nr. 2.
—— rei alienae 67 Nr. 3, rei legatarii 67 Nr. 4.
—— speciei 67.
Legate, geſetzliche 39. 66. 81.
Legitimation des eingeſetzten Erben, Nachtrag zu 40.
Liberatio legata 72 Nr. 2.
Leibzucht 61 4.
Linealordnung 32.
Liquidationsverfahren, erbſchaftliches 42.

Malae fidei possessor, Haftpflicht 52 8.
Manifeſtationseid 42 5.
Missio Hadriana 50 15.
—— in possessionem ventris nomina 50 15.
Miterben, Rechtsverhältniß derſelben 43...47.
Modus 18 1 ſ. Auflage.
Mortis causa capio ſ. capio.
—— —— donatio ſ. donatio.

Nachlaß 1. 39. Erbloſer 90.
Nachlaßnachweiſung 39.
Nacherben 19 3. 20. 48.
Nachlegatar 59.
Nasciturus pro nato habendus 5 1. 20 13. 84 4.
Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest 4 2.
Nießbrauch, Legat deſſelben 7 1.
Nomen legatum 72 Nr. 1.
Notherbe 78.
Notherbenrecht, materielles, formelles 78 5.
Nuda praecepta 18.
Nullitätsquerel, in Anſehung eines Teſtaments 22 6, eines Erbvertrags 26 18, eines Legats 61 2, des präterirten Notherben 87 17.
Nuncupation 10 4.

Omiſſion der Erbſchaft 37 8.
Onerirter, bei Vermächtniſſen 55 Nr. 2.
Oralfideicommiß 20 11. 56 2.

Pactum de repudianda hereditate 30 10. 37 7.
Parentelenordnung 32 1.
Parteirollen im Erbrechtsſtreit 50 4.

Persecutio fideicommissi 48 9.
Petitio fideicommissi 64 1.
Pfandrecht, Vermächtniß deſſelben 71.
—— des Legatars 65 5.
Pflichttheil, Ausmeſſung 80.
—— Berechnung 81.
—— Einrechnung 81.
—— des Gatten 78 7, der Geſchwiſter 78 6, der Wahlkinder 79 4.
—— Größe 80.
—— Hinterlaſſung 82.
—— Natur 78.
—— Subjekte 79.
—— Verletzung 85. 86.
—— Vermächtniß deſſelben 64 8. 82 1.
—— Verwirklichung 85.
—— Vorausſetzungen 79.
—— in Anſehung des Nachlaſſes von Weltgeiſtlichen 88 8.
Portio legitima ſ. Pflichttheil.
Possessio pro herede 50 8, pro possessore 50 11.
Prälegat 55 9. 11.
Pupillarſubſtitution 19 2. 20 9. 82 3.

Quantität, Vermächtniß derſelben 70.
Quarta Falcidia 66 2, Trebelliana 48 13.
Querela inofficiosae donationis 45 7. 77 21. 86.
—— inofficiosi testamenti 78 6. 79 5. 7. 82 2. 87 15.
—— nullitatis ſ. Nullität.

Ratenvermächtniß 74.
Regula Catoniana 60 1. 67 14.
Rentenvermächtniß 74.
Repräſentationsrecht 33.
Repudiation ſ. Ablehnung, Ausſchlagung.
Reſtitution der Erbſchaft 20 1. 48. 52.
Rückziehung des Erbſchaftsantritts 6 4.
Ruption des Teſtaments 87 15. 18.

Schenkung auf den Todesfall 77.
Senatusconsultum Libonianum 10 19.
Separatio bonorum 41. 65. 85.
—— legalis 40 18.
Setzen auf den Pflichttheil 82 1.
Sicherſtellung, des fideicommiſſariſchen Reſtitutionsanſpruchs 48 9, des Vermächtnißanſpruchs 65, der Gläubiger des Erben 40 19. 85 5.
Si quis omissa causa testamenti 25 2. 37 6.
Soldatenteſtament 4 2. 11 Nr. 2.
Species legata 67.
Stiftung, Erbeinſetzung 14 8.
Subſtitution, gemeine 19. 59. 62 2, fideicommiſſariſche 20. 59, tacita 19 5, reciproca 19 11, pupillaris 19 2. 20 9. 82 3.
Successio graduum 33 2. 79 5.
Summenvermächtniß 70.
Superficies, Vermächtniß derſelben 71.
Surrogirung eines Vermächtniſſes 61 6. 67 4. 6. 7. 72 2.

Teſtament, Begriff 8. Form 10...12. Inhalt 13 fg.
—— allographes 10.
—— correſpektives 24.
—— destitutum 25 1.
—— gemeinſchaftliches 21.
—— holographes 10.
—— imperfectum 13 7. 22.
—— injustum 22.
—— irritum 23 1.
—— judiciale 12.
—— militäriſches 11.
—— mündliches 10.
—— myſtiſches 13 8.
—— nuncupativum 10.
—— öffentliches 12.
—— ad pias causas 11 2.
—— principi oblatum 12 7.
—— privates 10. 11.
—— privilegirtes 11.
—— tempore pestis conditum 11 1.
—— ruri conditum 11 2.
—— wechſelſeitiges 21.
Testamentifactio activa 9, passiva 14.

Testamentsausweisung 39. 66[8].
Testamentsschreiber 10[2].
Testamentsvollzieher 27[7].
Testamentszeuge 10.
Testirfähigkeit 9.
Theilerbe 2[17].
Todesfallaufnahme 39.
Translation des Vermächtnisses 61. 67[8].
Transmission der Erbschaft 36[17. 18], des Nacherbenrechts 48[2], des Legats 62[2].

Überlegungsfrist 36[14].
Ungültigkeit des Testaments 22...24, des Vermächtnisses 61.
Universalerbe 2[15].
Usucapio pro herede 4[3]. 50[11]. 52[2].
Unwirksamkeit des Testaments 25.

Veräußerung der Erbschaft 49, von Fideicommißstücken 48. 64[10].
Verlassenschaftsabhandlung 39.
Verlassenschaftscurator s. Curator.
Vermächtniß, Begriff 54, Form 56, Gegenstand 60, Inhalt 57.
Vermächtniß der Ausstattung 75[5].
—— dinglicher Rechte 71.
—— von Forderungen 72.
—— zu frommen Zwecken 64[6. 7]. 66[5].
—— einer Gattungssache 68.
—— des Heiratsguts 75.
—— eines Inbegriffs von Sachen 69.
—— des Pflichttheils 64[8]. 82[1].
—— einer Rente 74.
—— einer Species 67.
—— der Schuld 72 Nr. 3.
—— der Schuldbefreiung 72 Nr. 2.
Vermächtniß einer Summe 70.
—— des Unterhalts 64. 66[4]. 74. 87[16].
—— eines Vermögensganzen 73.
Vermächtnißanspruch 64, Sicherung desselben 55, Verkürzung 66.
Vermächtnißnehmer 55.
Vermächtnißträger 55.
Vermächtnißvertrag 61[4].
Vertheilung der Erbmasse 44.
Verwandtenerbfolge 31.
Verwirkung des Zugedachten 18[2].
Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht 30. 80[3], auf den Pflichttheil 79[7. 8]. 80[3].
Vindicatio successionis 50[2].
Vollziehung des Testaments 27.
Voraussetzung 13[3]. 18[1].
Vorausempfang 45...47. 81.
Vorausvermächtniß 55[9. 10. 11].
Vorbehaltserbe 42.
Vorerbe 20. 48.
Vulgarsubstitution 19. 59.

Wahlvermächtniß 76.
Weitervermächtniß 55[5]. 63.
Widerlage, Anrechnung 46[4].
Widerruf eines Testaments 24, eines Legats 61.
Widerruflichkeit einer Schenkung auf den Todesfall 77.
Witwenstand s. Ehelosigkeit.

Zurücknahme öffentlicher Testamente 24[10], eines Vermächtnisses 61. 67[4. 6. 7. 8]. 72[2], Beweislast 61[8].
Zuwachsrecht s. Anwachsungsrecht.
Zwang des Testators 16, zum Erbschaftsantritt 36.

Paragraphen-Register.

Die rechts stehenden Grundziffern bezeichnen Paragraphe des Systems, die Exponenten Anmerkungen resp. Noten. Das vorgesetzte Sternchen bedeutet die Stelle, wo ein Gesetzesparagraph ex professo besprochen wird.

I. Paragraphe des bürgerlichen Gesetzbuchs.

6 13[4].
7 13[4].
12 53. 53[8].
22 5. 20. 50[15]. 84[4].
26 5.
42 45[8]. 84[4].
67 31[2].
96 83[8].
121 5[4].
152 36.
160 31[8].
161 31[7].
162 31[10].
163 31[5].
165 31[4]. 33[4].
171 40[8].
173 9[4].
183 31. 79[4].
184 31. 79[4].
196 8[3]. 27,[6].
229 47[6].
230 47[6]. 48[8].
233 30[6]. 36. 37. 40.
244 36.
251 9[4].
269 36[5].
270 36[5].
273 23[1]. 83[5]. 84[1].
274 5[1]. 48[8]. 50[15].
276 36[5].
278 2[14]. 3[1].
282 36[5].
302 69.
329 52.
330 52.
331 52[10]. 66.
334 52[10].
335 50. 52.
336 52.
338 52[8].
347 40[15].
348 40[15]. 53[6].
367 48. 64[10]. 67[15].
368 67[15].
369 51.
375 50[13].
376 51.
377 50.
378 52[4].
399 48[4].
417 67[15].
436 40[6].
437 67.
443 67[1].
450 71.
451 71.
458 67[2].
468 48. 64[10].
471 52[10].
480 71.
481 71.
504 35[5].
509 35[9].
510 35[12]. 48. 71[3].
511 48[4].
513 48.
514 48[6].
515 48[6].
516 48[6].
517 48.
527 48. 64[10].
529 71[2].
531 *1. 3.
532 *2. 8[6]. 26[13]. 50[7].
533 2[12]. *4. 26[2. 5]. 29[2].
534 *4. 26[2. 5]. 29[2].
535 8[6]. 35[11]. *54.
536 1[1]. *5[2]. 6. 25. 28. 61. 62[2].
537 1[1]. 5[1]. 6, 16[18]. 19[7]. 20[12]. 28. 33[2]. *36. 48. 61. 62[2]. 81[3].

538 2 2. 12. *5 7. 9. *30. 33 1.
539 *5 3. 33 1.
540 2 2. *5 4. 11. 12. 13. 33 4. 79 6. 83 9. 20. 87 5.
541 5 4. *33 1. 4. 79. 87 5. 6.
542 2 2. *5 4. 16. 18. 19. 16 8. 79 6. 83 9. 87 5.
543 2 2. 5 4. *14 5. 18 7. 77 21.
544 *5. 18 7.
545 *5 1. 12. 18. 20. 22. 6. 22 1. 25. 26 7. 28. 29. 61. 62. 79 6. 83 17.
546 5. 6. 28.
547 *2 8. 9. *6. 7 4. 9. 35 11. *40 18. 20. 42.
548 *40. 40 10.
549 40. 42. 66. 81.
550 2 12. 40 17. *43 1. 7.
551 2 12. *30. *30 11. 36 17. 37 2. *79 8.
552 *8 3. 26 18.
553 4. *8 5. 13 1. *56.
554 *15. 43 5.
555 15. 38 4.
456 8 6. *15. 38.
557 *15.
558 *15 6.
559 *15 3. 9. 87 10.
560 16 21. 19 11. 25 1. 36 17. *38. 48 12. 63 3.
561 19 11. *38.
562 *38 5. 90 1.
563 19 11. 22 2. 25. 37 6. *38 4. 55. 56 5. 63. 67 11. 90 10.
564 *14 4. 15 4. 22. *57 2.
565 5 16. *13 6. 22. 51.
566 *9. 22 5. 6. 51.
567 *9 3. 22 5. 50 4. 51.
568 *9 4. 22 6. 23 1. 24 15. 26 17. 79 2.
569 *9 2. 22 6.
570 9 1. *13. 22. 51.
571 *13.
572 *13 3. 22. 24 13.
573 3 2. *9.
574 *9. 22 5. 6. *23 3. 26 8.
575 21 6. *23.
576 *22. 22 3.
577 8 2. *10.
578 *10 1. 18. 21 5. 24. 26 10. 56 2.
579 *10 3. 5. 6. 12. 13. 14. 21 5. 24. 26 10. 51.
580 *10 7. 12 2. 24.
581 *10 8. 12 2.
582 *13 8. 9. 22 3.
583 *21 4. 5. 26 19.
584 *10 7.
585 *10 11. 13. 14. 13. 24 11. 51 4.
586 *10 11. 13. 24. 51 4.
587 *12. 26 10.
588 *12. 26 10.
589 *12 1.
590 *12 2.
591 *10 15.
592 *10.
593 *10 17.
594 5 9. *10 18. 19. 56 2.
595 5 9. *10 19.
596 5 9. 10 18. *12.
597 *11. 22 5.
598 10. *11.
599 *11. 24 10. 26 10.
600 *11. 23.
601 18 7. 21 4. *22. 56 2.
602 4. *26. 61 4.
603 *77.
604 8 5. *19. 19 3. 20 12.
605 *19. 19 4. *59.
606 *19. 37 6. 55. 36 5. *59.
607 *19.
608 19. 19 5. *20. 24 9. *48. *59.
609 19 2. 3. 20. *20 9. 82 3.
610 *20. 20 7. 57 5.
611 *20.
612 8 6. 14. 19 3. *20 10. 12. 59.
613 20 8. *48. 64.
614 *19. 20 4.
615 19 3. *20 12. *48 2.
616 *20.
617 *20 4. 87 9.
618 89.
626 5 9.
628 87 9.
632 30 11.
645 20 12.
647 14. *55. *56 5. 77 20.
648 44. *55.
649 43. *55. 67. 85 1.
650 *55. 62 2. 63 2.
651 *57 7. 8.
652 *59. 63. 64.
653 *60.
654 *60 1.
655 13 4. *57. 67 14.
656 64 3. 68. *76.
657 64 3. 68. *70.
658 54 2. 68. *70. *76.
659 *76.
660 57. *67. 68. *70.
661 *67.
662 37. 53 7. 54 2. 64 2. *67. 71. 72 1.

663 *72.
664 *72.
665 *72.
666 67[2]. 71. *72.
667 *72.
668 *72.
669 *75.
670 *75.
671 *46[2]. 55[11]. 75[7].
672 *74. 87[16].
673 *74. 75[6].
674 69[3].
675 69[3].
676 *69[3].
677 69[3]. 70. 72[4].
678 69[3].
679 69[3].
680 47[6]. 57. 69[3].
681 5. 14. *57[6].
682 15[6]. *57[7].
683 *57[7]. 72[3].
684 1[1]. 16[18]. *62. 64. 67.
685 *64. 71[2]. 72[7]. 74[2]. 77[19].
686 *67. 71[2]. 77[19].
687 71[2]. *74. 77[19].
688 39[9]. 40[18]. *65. 67.
689 *55. 58[7]. 59. 62[2]. *63. 77[19].
690 8[6]. 24[16]. 42[11]. 54[2]. *66. 77[19]. 85[4].
691 64[4]. 66. 72[7]. *74. 87[16].
692 42[14]. 55[4]. [10]. *66. 77[21]. 85[4].
693 42[14]. 55[4]. *66.
694 39. 66. 81.
695 *16[3]. 58.
696 *16[2]. 5.
697 13. *16.
698 13. *16[7]. [15]. 17. 18[6]. 22.
699 *16. 25.
700 *16[10]. 17. 58[7].
701 16[15].
702 *19[8]. 59.
703 *5[20]. 16[18]. 19. 20[3]. 25. *28. 36. 48. 59. 61. 62.
704 *17. 28.
705 16. *17. 20[12]. 28. *48[2]. 62.
706 *17.
707 *16[27]. *17. 48[2]. 50[15]. 64.
708 *16[10]. [26]. *17. 18. 24[9]. 58[6]. 64.
709 *18. 19[8]. 75.
710 16[15]. *18. 75.
711 *18. 75.
712 13. *18[5]. [6]. 22. 58.
713 22[1]. *24[13]. [14]. 51. *61[8].
714 56[1]. *61.
715 *24. 50[4]. 61.
716 *24[5]. 26[12].
717 *24[2]. 51. 83[18]. [19].
718 *24. 30[7]. 61.
719 *24. 30[7]. 61. 83[19].
720 16[11]. *18. 24[4].
721 *24. *61. 83[21].
722 5[18]. *24[12]. 50[4]. 51.
723 *24.
724 *61. *67. *72.
725 *61. *67. *72.
726 5[20]. 8[6]. 22[2]. *25. 33[14]. 37[6]. 55. 56[5]. 81[11]. 90.
727 4[2]. 5[20]. 8[3]. 25. *29. 29[2]. 38. 51[5]. 85[3]. 90.
728 4[2]. 8[3]. 15. *29. 38.
729 *29[2]. *85. 85[3].
730 30[2]. *31. *32. 33.
731 *31. *32.
732 5. 29[4]. 30[11]. *33.
733 *33.
734 *33.
735 *33[1]. [2]. *34. 80[1].
736 *34.
737 *34.
738 33[1]. *34.
739 *34.
740 *34.
741 33[1]. *34.
742 *34.
743 *34. 34[4].
744 33[1]. *34.
745 *34.
746 *34.
747 *34.
748 33[1]. *34.
749 *34.
750 *33. *34.
751 *31.
752 30[2]. *31. *79.
753 *31. *79.
754 *31. *79.
755 *31. *79.
756 *31. *79.
757 2[2]. 30[2]. *35. 45[5]. 80[1].
758 26[5]. *35. 80[1].
759 31[1]. *35.
760 9[6]. 25. 33[1]. 55. 88. *90.
761 44[a]. *88. 89.
762 *78. *79.
763 *79.
764 54[4]. *78.
765 *80. 88[8].
766 *80. 88[8].
767 *79. 79[5]. *80. 80[3]. 81[14].
768 79[5]. *83. 87[18].

769 *83.
770 5[4]. 33[4]. 79[6]. *83.
771 *83. 84.
772 *83.
773 *84.
774 5. 43. 46. 54[4]. 55. 64. *82. 85[1].
775 *85.
776 83[14]. [19]. *85. 87[5].
777 13[3]. *87.
778 13[3]. 14. 22[4]. 23. 26. 50[15]. 64[6]. *87.
779 *87.
780 33[1]. [4]. 79. *87.
781 85[3]. *87.
782 79[6]. *83. 84[5]. 87[6].
783 *85. 87[14].
784 *81.
785 77[21]. *81.
786 66. 81[1]. [2]. [6]. *85.
787 54[4]. *81.
788 *46. 81[9].
789 *46. 81[10].
790 35[14]. *45. *46. 47[1]. 81[8]. [10].
791 *46.
792 *45. 47[8].
793 35[14]. 44. 45[7]. *47. 81[11].
794 *47. 81.
795 79[8]. *83. 84[4].
796 78[7]. 80[1].
797 22. 36. *39. *40. 43[7].
799 6. 22. 36[11]. *39.
800 36. 36[11]. 42[2]. [4].
801 *40. 42. *66.
802 2[9]. *42. 55[4]. 66. 81[5].
803 *42. 81. 81[5].
804 42[6]. *81.
805 5[22]. 25. *36. *37.
806 *36. *37. 38[4]. 42. 48[9]. 62.
807 42[6]. *43. *43[7].
808 19. *37.
809 1[1]. 6[2]. 16[18]. 19[7]. 20[22]. 33[2]. *36. 37[8]. 48. 55[10]. 81[3].
810 *40. 43.
811 36[14]. *39. *40[15]. [17]. [18]. 47[4]. 48[8]. 53. 64[4].
812 39[9]. 40. *41. 42[4]. [8]. [16]. 65. 66[3]. 85.
813 *42. 43[7]. 90. 90[10].
814 *42. 43[7]. 90.
815 *42. 42[8].
816 *27.
817 18. *26. *39. 40[18]. 41[4]. 65.
818 39.
819 5[4]. 18. *39. *40. 44[18]. 90[4].
820 *43. 55.
821 *43. 55.
822 39[9]. *40[19]. 41[4]. 85[5].
823 2[12]. 36[12]. 39[8]. 42[4]. *50. *51. *52. *53. 90.
824 *40[22]. 50[8]. [10]. 52[5]. [6]. [10]. 53[3].
825 43. 43[2].
827 44.
829 43[8].
830 44.
832 44.
833 44.
839 55[6].
840 44.
841 44. 76[5].
842 44.
843 44.
844 44. 49[9].
846 43[8].
862 1[4].
865 26[8]. 36. 76[5].
868 26[8].
878 60.
879 36[5]. 37[7]. 49[2].
890 55.
892 55.
893 55.
895 55.
898 26.
900 77[18].
904 18. 20. 48.
906 76.
907 76[8].
913 64[5]. 67.
916 86[6].
918 1[4]. 77[18].
921 44.
923 44.
928 67[1].
929 67[15].
930 49.
943 77. 77[20].
944 77[21].
946 77[21].
948 5[13].
949 86.
951 45[7]. 77[21]. *86.
952 *86.
954 86[3].
956 55. *77.
974 77[15].
985 47[6].
1008 36[3]. 37. 49[9].
1010 27[7].
1011 27[7].

1012	49 13.	1334	64 7.
1088	67 15.	1337	40. 40 10.
1120	67 1.	1341	44.
1126	71.	1358	67 1.
1128	71.	1373	65 b
1217	21. 26.	1374	65 b.
1218	77 11.	1394	49.
1220	75. 75 3. 6.	1396	49.
1227	47 6.	1397	49 10.
1229	75 1. 2.	1399	49 10.
1230	46 4.	1406	49.
1231	46 4. 75 5.	1407	49.
1234	35 13.	1414	67 6.
1241	26 16.	1417	64 7.
1243	50 15. 81.	1418	74.
1248	*21. 24 2. 9. 26 12. 19.	1425	53.
1249	24. *26. 61 4.	1431	52 12. 66 11. 72.
1250	*26.	1435	76 2.
1251	*26.	1445	40. 40 13. 41. 42. 43. 67 2.
1252	*26.	1446	40.
1253	*26.	1447	67 6. 76.
1254	8 3. 22 6. *26 12. 30 7. 87.	1448	1.
1255	61 4.	1450	36. 37.
1256	26 16.	1461	67.
1258	35 11. 13. 14.	1462	2 5. 8. 40 5.
1265	21. 26. 26 19.	1463	40 5.
1266	21 6. 26. 26 15. 19. 35. 35 11.	1464	2 5. 8. 40 5.
1267	49 11.	1476	67 15.
1268	49 11.	1477	52 2.
1276	49 11.	1478	44. 50. 86 11. 90.
1278	*49. 50 8. 53 3. 73.	1479	47. 50. 52 2. 90.
1279	38 6. 48 12. *49. 55 10.	1480	74.
1280	*49.	1481	44.
1281	*49.	1485	90.
1282	*49.	1487	8 3. 22. 22 6. 26. 26 18. 44. 50. 51 4. 53. 61 2. 85. 85 3. 86 11. 87 13. 17.
1283	*49. 50 8. 53 3.		
1286	86 2.		
1327	40.	1493	67.

II. Paragraphe des Geſetzes v. 9. Aug. 1854.

9	44 11.	61	22 5. 27 2. 39 d.
20	3 b. 52 3.	64	39 d.
21	90 13.	65	27 2. 39 e. 51 4.
34	39 a. 51 3.	66	51 4.
35	39 a.	67	51 4.
36	39 b.	68	27 b. 44 z.
39	3 3.	72	3 d.
41	27 2.	73	3 3. 39.
42	27 2. 39 b.	74	3 3. 39. 43 8.
43	3 3. 39 c. m. 40. 90.	75	39 f.
44	41 6.	76	36 5. 39 f.
46	30 b. 44 12.	77	36 5. 39 i. 48 8. 50 15.
49	39 c.	78	7. 39 i. 50 15.
50	39 b.	79	7. 39 i. 66 o.
51	3 d.	80	39 k.
52	3 3. d. 39 b.	81	39 o.
53	39 b.	82	39 l.

83 39n. 65.
84 5³. 65².
90 44p.
91 44p.
92 39o. 41⁶. 42⁶. 48. 81k. 90.
93 42⁵.
97 66f. 81a.
111 42. 48. 81g.
113 42⁵.
114 52¹.
115 36. 36¹¹. 39⁵.
116 36. 37d.
118 7. 36. 42³.
119 36. 42³.
120 19⁸. 22⁶. 36. 36⁵. 9. 37b. i. 39⁸. 48¹. 50⁶. 51⁷. 52⁴.
121 19⁸. 25c. 36¹¹. 48¹.
122 40. 90⁴.
123 22⁵. 51⁴.
124 39p.
125 22⁶. 39q. 50. 50⁵. 6.
126 22⁵. 6. 39⁵. 50. 51⁵.
127 22⁶. 39r. 8. 40. 40¹⁵. 53c.
128 7. 22⁶. 36. 36⁹. 37¹. 39h. 8. 41¹. 50⁶. 52⁴. 90. 90¹.
129 7²⁰. 39h. 40¹⁵. 44¹². 50¹⁵. 53c. 64². 4. 90. 90⁹. 10.
130 36. 39⁸. 52⁴. 90. 90⁴. 6.
131 36⁶. 64². 90⁴.
133 42¹⁵.
136 42¹⁵.
137 90²³.
145 7. 40b. 40¹⁵. 20. 53c.
146 45¹².
149 27. 39s. t. x. 40²⁰.
154 39s. t.
155 39s. 90. 90⁹.
156 39.
157 18⁴. 27. 39u.
158 48. 48⁸.
159 39w.
160 39v. w. 65. 85.
161 39v. 65³. 4.
162 85.
163 39w. 66.
165 39y. 44². 5.
166 44⁵.
167 44m. 12. 13. 15.
168 44m. v. 13. 15. 44a. 2.
170 44². 5.
171 44dd. 3. 4.
172 39z.
174 39x. 40²⁰. 43⁵. 44⁵. 18. 48. 49¹⁵.
176 39x.
177 40⁶. 43⁸.
178 40⁶. 14. 67a. 72c.
179 39m. 41⁴. 42⁵. 44⁵⁵.
180 22⁶. 27a. b. 36¹². 39⁸. 42⁴. 50⁶. 52¹.
182 3². 9⁵.

83 39n. 65.
84 5[3]. 65[2].
90 44p.
91 44p.
92 39o. 41[6]. 42[6]. 48. 81k. 90.
93 42[5].
97 66f. 81a.
111 42. 48. 81g.
113 42[5].
114 52[1].
115 36. 36[11]. 39[5].
116 36. 37d.
118 7. 36. 42[3].
119 36. 42[3].
120 19[8]. 22[6]. 36. 36[5]. 9. 37b. 1. 39[8]. 48[1]. 50[6]. 51[7]. 52[4].
121 19[8]. 25c. 36[11]. 48[1].
122 40. 90[4].
123 22[5]. 51[4].
124 39p.
125 22[6]. 39q. 50. 50[5]. 6.
126 22[5]. 6. 39[5]. 50. 51[5].
127 22[6]. 39r. 8. 40. 40[15]. 53c.
128 7. 22[6]. 36. 36[9]. 37[1]. 39h. 8. 41[1]. 50[6]. 52[4]. 90. 90[1].
129 7[20]. 39h. 40[15]. 44[12]. 50[15]. 53c. 64[2]. 4. 90. 90[9]. 10.
130 36. 39[8]. 52[4]. 90. 90[4]. 6.
131 36[6]. 64[2]. 90[4].
133 42[15].
136 42[15].
137 90[23].
145 7. 40b. 40[15]. 20. 53c.
146 45[12].
149 27. 39s. t. x. 40[20].
154 39s. t.
155 39s. 90. 90[9].
156 39.
157 18[4]. 27. 39u.
158 48. 48[8].
159 39w.
160 39v. w. 65. 85.
161 39v. 65[3]. 4.
162 85.
163 39w. 66.
165 39y. 44[2]. 5.
166 44[5].
167 44m. 12. 13. 15.
168 44m. v. 13. 15. 44a. 2.
170 44[2]. 5.
171 44dd. 3. 4.
172 39z.
174 39x. 40[20]. 43[5]. 44[5]. 18. 48. 49[15].
176 39x.
177 40[6]. 43[8].
178 40[6]. 14. 67a. 72c.
179 39m. 41[4]. 42[5]. 44[55].
180 22[6]. 27a. b. 36[12]. 39[8]. 42[4]. 50[6]. 52[1].
182 3[2]. 9[5].